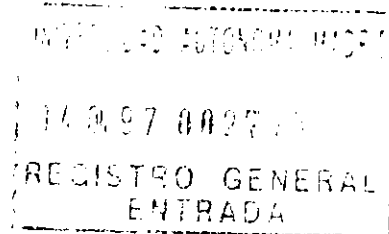


84-19 20-1

TD/605



**Conducta de la víctima e imputación objetiva en Derecho penal**

-----

**Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de  
víctima y autor en actividades arriesgadas**



Estudio realizado bajo la dirección del Prof. Dr. Agustín Jorge Barreiro que presenta el licenciado D. Manuel Cancio Meliá para la obtención del grado de Doctor por la Universidad Autónoma de Madrid

RD 99 881  
(10/10)

## **Indice**

-----

### **§ 1. Introducción**

I. El problema.....	1
II. Constelaciones de casos.....	11
A. Conducta posterior de la víctima.....	12
B. Conductas simultáneas de víctima y autor.....	25

### **Primera parte: Algunos presupuestos del análisis**

-----

Introducción.....	40
-------------------	----

### **§ 2. La regulación jurídico-penal de la intervención en un suicidio ajeno como normativa especial**

I. Planteamiento.....	43
II. El alcance de los límites a la disposición de la víctima sobre su propia vida.....	45
A. La incriminación de la intervención en un suicidio como punto de partida.....	45
B. Límites de las normas especiales: la intervención en un suicidio como regulación específica.....	54

### **§ 3. La normativización del tipo objetivo**

I. Planteamiento.....	57
-----------------------	----

II. Imputación objetiva y comportamiento típico.....	65
A. Imputación objetiva y principio del riesgo.....	65
B. Imputación objetiva y tipicidad objetiva.....	73
1. La teoría de la conducta típica de W. Frisch.....	75
2. La teoría de la imputación objetiva de Jakobs.....	78
C. ¿Imputación "objetiva"?.....	84
1. Inadecuación en los delitos dolosos.....	86
2. Inadecuación en los delitos imprudentes.....	87
D. La teoría de la imputación objetiva y sus distintas raíces.....	88
1. Dos antecedentes histórico-dogmáticos	
a) La teoría de la imputación objetiva de Larenz y Honig.....	90
b) La teoría de la adecuación social de Welzel.....	97
2. La teoría de la imputación objetiva: algunos presupuestos.....	103

**Segunda parte: Aproximaciones dogmáticas al problema**  
-----  
**en doctrina y jurisprudencia**  
-----

Introducción.....	112
-------------------	-----

**§ 4. Primeras formas de tratamiento dogmático del  
comportamiento de la víctima**

I. Compensación de culpas, concurrencia de conductas y causalidad.....	127
A. De la no compensación de culpas a la "concurrencia de culpas".....	128
1. Compensación de culpas y concurrencia de culpas.....	128
2. La doctrina de la concurrencia de culpas ... ..	134
3. Orígenes y contexto teórico de la	

doctrina de la concurrencia de culpas.....	144
4. Excurso: la <i>contributory negligence</i> y la conducta de la víctima en el ámbito jurídico anglosajón.....	154
B. Puntos críticos de la "concurrencia de culpas".....	161
1. Elementos nucleares de la doctrina de la concurrencia de culpas.....	161
a) Juicio de equidad.....	162
b) Ambito de aplicación.....	171
c) Examen individual de las conductas.....	173
d) Concurrencia de "culpas".....	175
e) Ubicación de la cuestión en la teoría de la imputación objetiva.....	176
2. Valoración de la doctrina de la concurrencia de culpas.....	179
a) Especificidad.....	179
b) Contexto sistemático y "normatividad oculta".....	181
c) La idea del reparto de responsabilidades.....	186
II. Otras soluciones específicas dentro del delito imprudente.....	188
A. Falta de previsibilidad.....	189
1. Contexto sistemático y <i>praxis</i> .....	189
2. Falta de adecuación de la idea de previsibilidad.....	195
B. Ubicación del problema en el elemento del "deber objetivo de cuidado".....	206
1. El deber objetivo de cuidado como <i>sedes materiae</i> .....	206
2. Criterios materiales subyacentes.....	209
a) Consentimiento.....	209
b) La construcción de Peter Frisch.....	211
c) Remisión.....	213

## § 5. Consentimiento

I. Una misma idea en diferentes formulaciones dogmáticas.....	215
A. Introducción.....	215



B. El consentimiento como causa de justificación y la "doctrina de la ponderación".....	218
II. La perspectiva subjetiva de la víctima y sus problemas.....	227
A. El consentimiento en sentido estricto.....	227
1. Introducción.. ..	227
2. Consentimiento "en el riesgo".....	231
3. Consentimiento "cualificado".....	235
B. Otras manifestaciones de la idea de consentimiento.....	239
1. El conocimiento del riesgo por parte de la víctima en distintas construcciones dogmáticas. ....	239
2. Consentimiento "no final".....	242
C. Problemas de la perspectiva subjetiva.....	245
1. Dificultades de aplicación.....	245
a) Consentimiento.....	245
b) Consentimiento en el riesgo.....	248
c) Consentimiento atenuado.....	251
2. Insuficiencia normativa de la perspectiva subjetiva de la víctima.....	260
3. Excurso: consentimiento y ámbitos de responsabilidad.....	265
 § 6. "Participación en una autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro consentida"	
I. Planteamiento.....	271
A. La diferenciación desarrollada por Roxin.....	272
B. Contexto sistemático.....	277
C. Recepción.. ..	280
II. Fundamentos y crítica.....	290
A. El "argumento de la participación".....	291
1. Utilización.....	291
2. Análisis.....	294
B. ¿Diferencias cualitativas entre la "participa-	

	ción en una autopuesta en peligro" y la "heteropuesta en peligro consentida"?.....	303
	1. Planteamiento.....	303
27	2. Autoría y participación junto a la víctima y determinación objetiva del hecho en la concepción de Luzón Peña.....	312
227	3. Autoría y participación junto a la víctima en el modelo de Walther.....	315
227	C. Crítica de la diferenciación.....	320
231	1. Carácter relativo de la distinción desde una perspectiva intrasistemática.....	320
235	2. Dificultades de aplicación.....	327
	3. Falta de justificación normativa.....	330
	 <b>§ 7. Victimología, "victimodogmática" y "principio victimológico"</b>	
	I. Presupuestos y planteamiento.....	341
	A. Victimología y victimodogmática.....	342
	1. Victimología y sistema penal.....	342
	2. Victimodogmática.....	345
	3. Proceso penal.....	348
	4. La posición de la víctima en el sistema penal y la victimodogmática.....	353
	B. Victimodogmática y política criminal.....	356
	1. Distintos significados político-criminales.....	356
	2. ¿Sanciones a las víctimas?.....	366
	3. <i>Blaming the victim</i> - "blaming the <i>committer</i> ": el dilema victimológico.....	368
271	4. Victimología y dogmática.....	369
272	II. Dogmática y victimodogmática.....	372
277	A. Elementos esenciales de la victimodogmática.....	372
80	1. El principio victimológico.....	372
0	2. Ambito de aplicación.....	374
	3. Elementos definitorios de la victimodogmática.....	381
	B. Puntos débiles de las aproximaciones victimodogmáticas.....	382
	1. Insuficiente conexión con la	

construcción dogmática global.....	382
2. Ambito de aplicación.....	383
3. Fundamentos.. ..	386
a) Subsidiariedad, proporcionalidad y ultima ratio.....	388
b) Merecimiento y necesidad de protección...	396
4. Excurso: victimodogmática y "eficiencia" del sistema penal.....	403
5. Dogmática en lugar de victimodogmática.....	405

### **Tercera parte: La víctima en el sistema de imputación**

-----

Introducción.....	412
-------------------	-----

#### **§ 8. Fundamentos: sobre algunas concepciones dogmáticas de la "autoresponsabilidad"**

I. Planteamiento... ..	415
II. Tres paradigmas en torno a la autoresponsa- bilidad de la víctima.....	424
A. La autoresponsabilidad como principio prejurídico (Zaczyk).....	424
1. Planteamiento.....	424
a) Bases.....	425
b) Formulación dogmática.....	429
c) Soluciones.....	431
2. Crítica.....	435
B. La autoresponsabilidad como magnitud determi- nada de modo puramente funcional dentro del sistema dogmático.....	438
1. Autoresponsabilidad y teoría del comportamiento típico (W. Frisch).....	439
2. Autoresponsabilidad y prevención general positiva (Derksen).....	441
3. Crítica.....	442
C. La autoresponsabilidad como punto de partida material del sistema de imputación.....	445
1. El principio de autoresponsabilidad.....	446

a) Planteamiento.....	446
b) Ambito de responsabilidad preferente.....	448
c) Límites de deducción.....	452
2. Presupuestos para la construcción dogmática.....	454
<b>§ 9. Líneas fundamentales del tratamiento dogmático de la conducta de la víctima: imputación a la víctima e imputación objetiva</b>	
I. La imputación a la víctima.....	458
A. Rasgos esenciales.....	462
1. Definición.....	463
2. Imputación no accesoria.....	464
3. Imputación objetiva.....	467
4. Organización conjunta.....	471
a) Extralimitación de la organización conjunta.....	476
b) Deberes de cuidado en la organización conjunta.....	478
B. Contexto sistemático.....	484
1. Teoría del tipo e imputación a la víctima...	485
a) Introducción.....	485
b) ¿Atenuación?.....	488
c) ¿Deberes de autoprotección?.....	491
d) Conclusión.....	494
2. La posición de la imputación a la víctima en la teoría de la imputación objetiva.....	495
a) Imputación del comportamiento.....	495
b) Especificidad.....	499
C. Excurso: autoresponsabilidad y situaciones especiales de garantía.....	505
1. Introducción.....	505
2. Posiciones de garantía en virtud de organización.....	507
3. ¿Posiciones de garantía por funciones de protección?.....	512
4. ¿Responsabilidad por injerencia?.....	513
II. La intervención de la víctima en otros sectores de la teoría de la imputación objetiva.....	517
A. Conducta de la víctima e imputación objetiva del comportamiento.....	518

1. Riesgo permitido.....	519
a) Planteamiento.....	519
b) La víctima como factor en el estableci- miento de niveles de riesgo permitido....	522
c) Conductas del autor dentro del riesgo permitido.....	525
d) La conducta de la víctima y el principio de confianza.....	528
2. Prohibición de regreso.....	533
a) Planteamiento.....	533
b) Conducta de la víctima y prohibición de regreso.....	535
 B. Conducta de la víctima e imputación objetiva del resultado.....	541
1. Planteamiento.....	541
2. Criterios de interrupción del nexo de imputación.....	544
a) Introducción.....	544
b) Identidad de objeto afectado por el riesgo inicial y objeto lesionado.....	546
c) Diversidad de objeto afectado por el riesgo inicial y objeto lesionado.....	555
3. Confluencia de riesgos.....	562
 § 10. Límites de la imputación a la víctima: situaciones de superioridad del autor	
 I. Planteamiento.....	569
 II. Intervenciones típicas del autor en la esfera de la víctima.....	583
A. Defectos de responsabilidad de la víctima.....	583
1. Introducción.....	583
2. Defectos de responsabilidad constitucionales.....	586
a) Aplicación de las reglas del consentimiento.....	586
b) Aplicación de las reglas de imputabilidad.....	589
3. Defectos de responsabilidad situacionales...	592
4. Los defectos de responsabilidad de la víctima en el sistema de imputación.....	596
B. Defectos cognitivos de la víctima.....	598
1. Introducción.....	598

2. El "dominio por conocimientos" en el ámbito  
de la intervención en un suicidio ajeno.....599

3. Los conocimientos superiores del autor y el  
ámbito de responsabilidad de la víctima.....603

Bibliografía.....611

## Abreviaturas

-----

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AK	Kommentar zum Strafgesetzbuch. Reihe Alternativkommentare
AP	Actualidad Penal
AT	Allgemeiner Teil
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht, Tribunal Supremo del Estado federado de Baviera
BG	Bundesgericht der schweizerischen Eidgenossenschaft, Tribunal Federal suizo
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (sentencias del Tribunal Federal suizo [colección oficial])
BGH	Bundesgerichtshof, Tribunal Supremo Federal de la República Federal de Alemania
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán en asuntos penales [colección oficial])
BritJCrim	British Journal of Criminology
CalLR	California Law Review
Cass.Pen.	Cassazione Penale
cit.	citado
ComCP	Comentarios al Código penal (Ariel)
ComCP 1995	Comentarios al Código penal de 1995 (Tirant lo Blanch)
ComNCP	Comentarios al Nuevo Código Penal (Aranzadi)
ComLP	Comentarios a la legislación penal

CP	Código penal
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DAR	Deutsches Autorecht
dir.	director
DP	Doctrina Penal
ed.	edición, a cargo de la edición
EPCr	Estudios Penales y Crimnológicos
FG	Festgabe
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GS	Gedächtnisschrift
IP	L'Indice Penale
JA	Juristische Arbeitsblätter
JC	Jurisprudencia criminal. Tribunal Supremo (colección legislativa de España, colección oficial, Ministerio de Justicia [hasta 1985])
JP	Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Segunda de lo Penal (colección oficial, editada por el Consejo General del Poder Judicial [a partir de 1986])
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal



LG	Landgericht (Tribunal colegiado en Alemania con competencia territorial dentro de un Estado federado)
LH	Libro-homenaje
LK	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MSchrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK	Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch
n.m.	número(s) marginal(es)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior de un Estado federado de la República Federal de Alemania)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
PG	Parte General, Parte Generale
PE	Parte Especial
PJ	Poder Judicial
RA	Registro de jurisprudencia Aranzadi
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
RDCir	Revista de Derecho de la Circulación
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (sentencias del Tribunal Supremo del Reich alemán en asuntos penales [colección oficial])
RJCat	Revista Jurídica de Catalunya
RuP	Recht und Politik

**XIV****ABREVIATURAS**

<b>SAP</b>	Sentencia(s) de Audiencia(s) Provincial(es) (en materia penal)
<b>SchwJZ</b>	Schweizerische Juristen-Zeitung/Revue Suisse de Jurisprudence
<b>SK</b>	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
<b>S/S</b>	Schönke-Schröder, Kommentar zum Strafgesetzbuch
<b>StGB</b>	Strafgesetzbuch, Código penal alemán
<b>STC</b>	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
<b>STS</b>	Sentencia(s) del Tribunal Supremo (Sala Segunda, a menos que se indique otra Sala)
<b>StV</b>	Strafverteidiger
<b>TC</b>	Tribunal Constitucional
<b>TempLR</b>	Temple Law Review
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>VRS</b>	Verkehrsrechts-Sammlung
<b>ZStrR</b>	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht/Revue Pénale Suisse/Rivista Penale Svizzera
<b>ZStW</b>	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

## § 1 Introducción

-----

### I. El problema

-----

1. El concepto de delito es definido por la dogmática jurídico-penal como "acción típica, antijurídica y culpable"<sup>1</sup> del autor. Si se tiene en cuenta que en muchas figuras delictivas recogidas en los Códigos penales aparece una persona que resulta directamente lesionada por la conducta inculpada, la "víctima", puede llamar la atención que este personaje del hecho penal no aparezca de ningún modo en la definición acabada de referir. De hecho, es prácticamente un lugar común la afirmación de que el nacimiento del Derecho penal moderno se genera "con la neutralización de la víctima"<sup>2</sup>, en el momento en el que la satisfacción del sujeto lesionado es sustituida por la retribución de un hecho injusto. El ordenamiento jurídico-penal, se dice, es consecuencia de una evolución histórica que ha discurrido desde la reacción privada de la víctima o de su grupo familiar, pasando por los pactos de paz de la Edad Media hasta llegar al monopolio en la imposición de penas y en el ejercicio de la violencia establecido a favor del Estado en la sociedad actual<sup>3</sup>, o, dicho de otro modo, el proceso de publicación

---

<sup>1</sup> Rodríguez Mourullo, PG, p. 195.

<sup>2</sup> W. Hassemer, *Grundlagen*, p. 70.

<sup>3</sup> Neumann, en: Hassemer (ed.), pp. 225 y s.

del ordenamiento penal es al mismo tiempo una evolución de desvictimización<sup>4</sup>. Con independencia de que esa imagen -la de una "edad de oro" originaria de la víctima y de las soluciones de carácter privado en el marco de la reacción frente a agresiones, sustituida a lo largo de la historia por una marginación de la víctima y un creciente protagonismo del Estado- sea correcta en términos histórico-sociológicos<sup>5</sup>, parece que existe cierto consenso en torno a la idea de que la dogmática jurídico-penal no ha sido ajena a esta desatención hacia la figura de la víctima. En este sentido, se afirma que el Derecho penal tradicionalmente ha dispensado una atención tan sólo secundaria a la víctima<sup>6</sup>, incluso se dice que la "víctima del delito" ha llegado a ser "también una víctima de la dogmática de la teoría del delito."<sup>7</sup> En este contexto, sin embargo -y en el marco de una evolución mucho más amplia-, en los últimos años se ha producido lo

---

<sup>4</sup> Mantovani, PG, p. 233.

<sup>5</sup> Se muestran críticos frente a esta interpretación, desde la perspectiva empírica, por ejemplo, Mawby/Walklate, *Critical Victimology*, pp. 58 y ss., 62 y ss., 67 y s., para quienes un análisis de los sistemas de reacción "penal" de sociedades "primitivas" contemporáneas o pasadas, incluyendo los sistemas existentes en etapas históricas anteriores en las sociedades occidentales, parece indicar que los mecanismos de compensación "privados" (de los que se dice que otorgaban a la víctima una posición central) en realidad servían a la negociación entre determinados subgrupos sociales, siendo el interés dominante no la satisfacción de la víctima, sino el mantenimiento de la paz social dentro de la comunidad o de la situación de dominio de determinados grupos sociales: nada distinto de lo que se puede afirmar del Derecho penal moderno. Desde otro punto de vista -la teoría de la prevención general positiva-, establece un diagnóstico similar Jakobs, *Das Schuldprinzip*, pp. 10 y ss.

<sup>6</sup> Torío López, LH Fernández Albor, pp. 716 y s.

<sup>7</sup> Esser, FS Mestmäcker, p. 1020.

que se ha llamado el "redescubrimiento"<sup>8</sup> de la víctima por parte de las ciencias penales. Este redescubrimiento se manifiesta en muy diversos sectores. Por un lado, en el marco de la política criminal, pueden encontrarse tendencias tanto dirigidas a una mayor protección de la víctima por parte del ordenamiento penal como preocupadas por reducir la responsabilidad de aquellos sujetos que atentan contra los bienes de víctimas que son especialmente descuidadas con éstos. En el plano del Derecho procesal penal, se está desarrollando en algunos países un intenso debate acerca de las modalidades de intervención de la víctima en el proceso. Dentro del Derecho penal material, las consideraciones ligadas a la víctima van desde determinados aspectos de la legítima defensa, pasando por la relevancia que debe corresponder a la reparación de la víctima en el sistema de sanciones, hasta la cuestión del significado dentro del sistema general de imputación de la conducta de la víctima en el suceso que conduce a la lesión de sus bienes.

2. El presente estudio pretende abordar la problemática enunciada en último lugar. Más concretamente, está dedicado al análisis de la conducta de la víctima dentro de la teoría del tipo. A diferencia de lo que puede suceder en otros ámbitos de la teoría del delito -como, por ejemplo, las refle-

---

<sup>8</sup> Vid. la exposición *infra* § 7 I.

xiones respecto de la misma cuestión en el marco de la medición de la pena-, esta problemática muestra una peculiaridad: se trata de introducir la figura de la víctima en el contexto de la valoración normativa del comportamiento del autor, especialmente, de determinar si la conducta de la víctima puede resultar relevante para constatar si siquiera existe una conducta típica. En este sentido, en realidad, se trata de comprobar que haya "víctima" y "autor". Por ello, el término "víctima" se utiliza en el presente estudio en muchas ocasiones en un sentido impropio -sencillamente, por razones de comodidad y economía-, como "persona lesionada", al igual que el término "autor", como "persona que ha intervenido en la lesión". Pues la determinación que se trata en realidad de una "víctima", y, correlativamente, de un "autor", a la luz de la teoría del tipo es, precisamente, el objeto del presente trabajo.

3. Con lo dicho hasta ahora, queda claro que aquí quedan fuera de consideración infracciones en las que -como en la omisión del deber de socorro- se pena la contravención de un deber de solidaridad, y no una efectiva lesión de la víctima. Tampoco se pretende discutir aquellas infracciones en las que su tipificación en la Parte Especial introduce de algún modo una descripción de la conducta relevante de la víctima, como son, por ejemplo, los delitos de intervención en un suicidio ajeno, o el delito de estafa. El centro de

intrerés, por el contrario, está en los delitos comisivos de lesión, y, muy particularmente, en los de homicidio y lesiones. Dentro del ámbito de conductas que desde el punto de vista fenomenológico pueden resultar relevantes, serán objeto de especial atención aquellos supuestos en los que se produce una cierta interacción entre "autor" y "víctima", en los que ambos colaboran de algún modo en la génesis de un riesgo que acaba lesionando a la segunda.

4. La constatación que la conducta de la víctima puede adquirir relevancia de algún modo en la producción del resultado muestra, en principio, una amplitud enorme. Desde el mero hecho de encontrarse en un determinado lugar en un determinado momento hasta la ejecución de una autolesión, la víctima puede jugar muchos papeles en el suceso. Sin embargo, pueden hallarse con facilidad múltiples supuestos en los que la valoración de las conductas de autor y víctima no resulta unívoca, ni en el sentido de excluir la relevancia de una ni de otra. Imaginemos una jornada más o menos normal en la vida de un ciudadano más o menos normal que puede ilustrar lo acabado de decir:

El ciudadano C -que sufre de una gravísima enfermedad pulmonar- se levanta el día de autos y le pide a su vecino, que conoce su enfermedad, un cigarrillo que C fuma a continuación. Después aparece en su puerta el albañil que había contratado

el día anterior, que viene a cambiar tejas defectuosas. C le deja pasar a su vivienda y le abre una ventana por la que el albañil sale para subirse al tejado a cumplir con su cometido; como C ha podido observar desde el principio, el albañil probablemente ya no esté en condiciones de realizar su trabajo; se trata de un anciano que sólo es capaz de moverse con grandes dificultades. Por ello, C y su vecino (que ha acudido a petición de C) le ayudan a cambiar las tejas en mal estado, tirándolas en el montón de escombros que se encuentra en el jardín de C. Sin embargo, C ha olvidado retirar sus lujosos muebles de jardín; algunas de las tejas (lanzadas por el albañil, por C y por su vecino) los alcanzan. Posteriormente, como todas las mañanas, C hace uso del tranvía que le conduce a su lugar de trabajo. El conductor del tranvía -como C constata risueño- sigue estando, como casi siempre a esta hora, aún muy afectado por la consumición de bebidas alcohólicas en la noche anterior. En la oficina, un compañero de C poco mañoso que transporta una gran pila de archivadores tropieza con tan mala suerte que los archivadores alcanzan en la cabeza a C, quien sufre una pequeña herida superficial. A pesar de la insistencia de su compañero, C no tiene ganas de ir al botiquín de la empresa a desinfectarse la herida, ya que ésta en su opinión no es más que un "pequeño rasguño". Después del trabajo, C se encuentra con un amigo. Juntos consumen en un local cantidades muy considerables de alcohol, que el camarero va reponiendo solícitamente. A continuación, se dirigen a un parque cercano, en el que el amigo ofrece a C cierta cantidad de la sustancia estupefaciente de origen sudamericano C', que C acepta agradecido y consume inmediatamente. El amigo sugiere además realizar un pequeño viaje en barca por el cercano río. También a esto accede C. Juntos caminan hacia la ribera del río, donde se apoderan de una barca que de modo evidente tiene una vía de agua, ya que está medio hundida. Ambos



suben, y C simplemente se tumba en las tablas que hacen de banco en la barca, mientras que su amigo la conduce hacia el centro del río. A causa de la vía de agua, la barca se hunde rápidamente al entrar en la corriente más fuerte que discurre por el centro del río; C y su amigo nadan hacia la orilla. C, que está totalmente mojado, desea llegar rápidamente a su casa. Al ver aproximarse un automóvil por la calle, salta de modo repentino a la calzada, creyendo que se trata de un taxi, e intenta hacer detenerse al conductor con grandes aspavientos. Sin embargo, éste se encontraba inmerso en una profunda meditación (con los ojos cerrados, ya que ello en su opinión conduce a mejores resultados) sobre el concepto de eticidad en Hegel y logra frenar sólo en el último momento. C se había colocado en la calzada de manera tan descuidada que en ningún caso habría logrado esquivar el vehículo. Una vez que C ha llegado a su vivienda, y después de una controversia inicial acerca de su estado, C y su esposa acaban entrando en un proceso de acercamiento que culmina en la consumación de su matrimonio. C sufre de una modalidad especialmente peligrosa de hepatitis, dato que había comunicado a su esposa. Sin embargo, ésta lo ha olvidado. C se duerme.

Los sucesos acabados de referir pueden completarse fácilmente con las lesiones que hubieran podido producirse en los diversos intervinientes. Parece claro que puede plantearse la concurrencia de una conducta delictiva en el sujeto que en cada caso ha contribuido a esas hipotéticas lesiones del otro ("autor"). Pero también se tiene la impresión de que en los sucesos relatados, la conducta del sujeto que respectivamente resulta dañado ("víctima") puede tener alguna rele-

vancia para determinar si el otro realmente ha realizado el tipo de una infracción penal.

6. El fenómeno de las actividades peligrosas realizadas conjuntamente por quien posteriormente resulta lesionado ("víctima") y por otro sujeto que no sufre lesión por el comportamiento arriesgado ("autor") siempre ha existido, y consecuentemente, estas constelaciones vienen siendo objeto de tratamiento también en el marco de la dogmática penal, tanto ante los tribunales como en la doctrina. En este sentido, ha afirmado con razón **Silva Sánchez** que las tesis doctrinales que se ocupan del problema "...no constituyen una novedad radical en el mundo de nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia, sino, a lo sumo, lo que sucede es que proceden a teorizar, o a 'racionalizar', algo que, en diferente medida, ya ha sido tenido en cuenta, aunque sólo fuera de modo inconsciente o intuitivo, en aquellas"<sup>9</sup>. Incluso se ha dicho

---

<sup>9</sup> En: CGPJ (ed.), *Victimología*, p. 19 (refiriéndose a la vertiente de la "victimodogmática" (vid. aquí *infra* § 7); cfr. en este sentido también, por ejemplo, **Kleinfeller**, FG Birkmeyer, p. 13; **Schüler-Springorum**, FS Honig, p. 207; **Arzt**, MschrKrim 67 (1984), p. 113; **W. Frisch** dice (NSTZ 1992, p. 1) que "naturalmente" estas cuestiones no son nuevas para la dogmática y la praxis jurídico-penales; **Jakobs**, *La imputación objetiva*, p. 109, afirma que la idea de la "competencia de la víctima" es una idea conocida; en el ámbito anglosajón, cfr. el intento de **Harel** (CallR 82 [1994], pp. 1181 y ss., 1210 y ss.) de reinterpretar en atención al comportamiento de la víctima dentro del Derecho estadounidense el homicidio provocado, la legítima defensa y la estructura de los delitos de apoderamiento. Desde la perspectiva criminológica afirman que siempre se tuvo en consideración la figura de la víctima, por ejemplo, **Kaiser**, *Kriminologie*, p. 309; **Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan**, *Victimología*, pp. 17. 22; respecto de la jurisprudencia, cfr. sobre todo *infra* § 4 I. y las resoluciones referidas a continuación *infra* § 1 II.

-desde el punto de vista aquí adoptado, con razón- que la consideración del comportamiento de la víctima no es "...meramente el producto de una imaginación de estudioso extravagante y desligada de la realidad, ávida de originalidad...", sino que al proceder jueces y legisladores implícitamente de este modo, "...son los estudiosos los que aún tienen que reconocer su existencia"<sup>10</sup>, que la valoración del comportamiento de la víctima está presente en Derecho penal, "aunque bajo un disfraz"<sup>11</sup>. Pues bien, al levantamiento de ese disfraz pretende contribuir este estudio, teniendo en cuenta las distintas aproximaciones dogmáticas a la cuestión -y ello con independencia de que estén más o menos de moda- que han ido desarrollándose. Pues a pesar de los esfuerzos realizados en este sentido, la problemática de la intervención de la víctima en relación con el injusto es aún en buena medida -dicho en expresión autorizada de quien ha realizado contribuciones decisivas en este ámbito- una cuestión aún "pendiente"<sup>12</sup>. Y aunque la perspectiva adoptada, como se habrá advertido, es la de un análisis dogmático, éste se emprende con la conciencia de que "la dogmática jurídico-penal" -en palabras de **Arzt**- "está llamada a hacer visible y consciente... la denegación de la protección del Derecho

---

<sup>10</sup> **Harel**, CalLR 82 (1994), p. 1209.

<sup>11</sup> **Harel**, CalLR 82 (1994), p. 1226.

<sup>12</sup> **Roxin**, *Política criminal y estructura del delito*, p. 72: "Todavía está pendiente la elaboración pertinente respecto de la influencia del comportamiento de la víctima en la exclusión del injusto...".

penal... en vez de ocultar esta decisión dolorosa para potenciales víctimas en la penumbra de un principio fáctico de oportunidad."<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> MSchrKrim 67 (1984), p. 111.

## II. Constelaciones de casos

-----

En las páginas que siguen se relacionan algunos de los supuestos prácticos que son de mayor interés para el objeto del presente estudio. En la exposición se sintetiza lo esencial del supuesto de hecho y se añade una breve referencia (limitada, claro está, a los aspectos que aquí son de interés) a la resolución adoptada por el tribunal en cuestión. Sólo se han incluido supuestos reales, lo que quizás contribuya a mostrar que la problemática que aquí se aborda no sólo responde al intento de una elaboración dogmática coherente, sino también -lo que constituye la vocación última de todo trabajo dogmático- a la necesidad de dar solución a problemas de la práctica, que, por lo demás -como se observará a continuación- no son nuevos, sino vienen planteándose desde hace tiempo.

Con este repertorio de casos se persigue sobre todo alcanzar dos finalidades, una meramente práctica y otra de índole expositiva. Por un lado, al reunirse en el presente apartado alguno de los supuestos más significativos, se pretende evitar una innecesaria repetición de sus características cada vez que se aluda a ellos a lo largo del texto. Por otro lado, quizás la relación de casos indique con mayor claridad que cualquier consideración introductoria cuál es el objeto del presente estudio.

Los casos se han distribuido en dos apartados: supuestos en los que la conducta relevante de la víctima se produce con posterioridad a la del autor (*infra* A.) y supuestos en los que las conductas de autor y víctima son simultáneas (*infra* B.). Desde el punto de vista que aquí se adoptará, esta clasificación dice tan poco sobre la solución que debe proveer la teoría del delito como otras muchas que pudieran establecerse desde la perspectiva de las características externas de lo sucedido. En este sentido, la subdivisión hecha no tiene más relevancia -como se verá a lo largo del presente estudio- que la de ofrecer una primera aproximación a los supuestos.

#### A. Conducta posterior de la víctima

1. **Caso del aguardiente**<sup>14</sup>. Un soldado que se encontraba en una tienda se vanaglorió de que era capaz de beberse de un trago cierta considerable cantidad de aguardiente. Frente a esta afirmación, el tendero replicó que si realmente era capaz de bebérselo de un trago, le regalaría el aguardiente, debiéndolo pagar si no lo lograba. El soldado bebió en un espacio de tiempo muy corto, y de un trago, el aguardiente ofrecido. A continuación, el tendero le sirvió más aguardiente, que el soldado bebió igualmente de un trago. La in-

---

<sup>14</sup> Reproducido por **Goltdammer**, GA 14 (1866), pp. 532 a 537.

gestión del aguardiente le produjo la muerte por intoxicación etílica al día siguiente.

El tribunal de instancia y el tribunal de apelación condenaron al tendero por homicidio imprudente, afirmando que el tendero, si bien no había infringido una disposición reglamentaria con su conducta, si había contravenido el deber general de no facilitar los medios para autolesionarse a personas dominadas por una "pasión" (en este caso, el alcohol). La defensa recurrió afirmando que en el supuesto se trataba de una conducta voluntaria del fallecido, de modo que no habría imprudencia por parte del acusado, y que las sentencias de instancia estaban mezclando de modo indebido el ámbito de la moral con el de la valoración jurídica. El Tribunal Supremo prusiano confirmó la condena afirmando que la motivación del soldado estaba dominada por la oportunidad de beber gratuitamente, por lo que no podía hablarse de una conducta voluntaria.

2. **Caso de la jeringuilla**<sup>15</sup>. El acusado, toxicómano, se encontró el día de los hechos con un amigo -igualmente toxicómano- que le propuso consumir juntos una determinada cantidad de heroína que poseía éste último. Con tal propósito le rogó que consiguiera unas jeringuillas, ya que él -el amigo- era conocido como consumidor de sustancias estupefacientes y no podría obtenerlas. Una vez conseguidas las jeringuillas por el acusado, consumieron juntos la heroína. Después de

---

<sup>15</sup> BGHSt 32, pp. 262 a 267



Después de inyectarse la heroína, ambos perdieron el conocimiento. Cuando llegó el médico, el amigo había muerto por una parada cardiorrespiratoria producida por la inyección.

El Tribunal de Menores condenó al acusado por un delito contra la salud pública y por homicidio imprudente, afirmando que al conseguir las jeringuillas había puesto de modo previsible una condición de la muerte de su amigo. El BGH absolvió al acusado del delito de homicidio imprudente argumentando que con independencia de la constatación de la relación de causalidad y de la previsibilidad, la conducta del acusado tan sólo constituye una modalidad de participación en una autopuesta en peligro autoresponsable, participación que, sea dolosa o imprudente, no puede ser punible a falta de un hecho típico principal. En todo caso, según el BGH, la punibilidad puede comenzar en estos supuestos a partir del momento en el que el partícipe aprehende el riesgo mejor que quien se pone a sí mismo en peligro, por disponer de conocimientos superiores sobre la materia; sin embargo, no concurren en el caso indicios de que eso fuera así.

**3. Caso de la entrega de heroína (TS)<sup>16</sup>.** El acusado había vendido a la víctima una determinada cantidad de heroína que resultó ser de gran pureza, sin que el acusado conociera esta circunstancia. La víctima murió al consumir la sustancia.

---

<sup>16</sup> STS 20.2.1993 (RA 1383).



El tribunal de instancia condenó al acusado por un delito contra la salud pública, pero le absolvió del de homicidio del que se le acusaba, afirmando que la conducta del acusado, al desconocer el alto grado de pureza de la heroína, no entrañaba un riesgo distinto del inherente al tráfico. La acusación particular recurrió en casación alegando falta de aplicación del art. 348 CP 1973, o, en su defecto, la falta de apreciación de un delito imprudente de homicidio. El TS rechaza la argumentación del tribunal de instancia, afirmando que es indudable que la extraordinaria concentración de la sustancia vendida genera un riesgo de muerte. Por otra parte, sostiene que el acusado estaba obligado a comprobar si las características de la heroína que vendía se ajustaban a lo habitual en el contexto de relación correspondiente, ya que el riesgo permitido en este ámbito ha de determinarse en atención a las expectativas del consumidor. Partiendo de la teoría de la imputación objetiva, el TS llega a la conclusión que en este caso no existe una autopuesta en peligro que pudiera excluir la imputación objetiva, ya que las conductas de esta clase sólo quedan fuera del fin de protección de la norma si el sujeto que se pone a sí mismo en peligro es consciente del riesgo al que se expone. Finalmente, sin embargo, sostiene que la aplicación de la doctrina de la concurrencia de culpas -según la cual han de ponderarse los efectos causales de las conductas de autor y víctima en orden a la producción del resultado- en este caso puede conducir a la degradación de la imprudencia del autor, de modo que -al estar ésta calificada por el tribunal a quo de simple [CP 1973], y no existir imprudencia de menor entidad que ésta- ha de llegarse por esta vía a la afirmación de impunidad.

4. **Caso de la entrega de heroína (BGH)**<sup>17</sup>. El acusado había ofrecido, con ocasión de una reunión social y de modo gratuito, a un conocido -C- una determinada cantidad de heroína, que aspiraron juntos. C había consumido otras sustancias -tranquilizantes y alcohol- ya antes de ese momento y lo siguió haciendo hasta que perdió el conocimiento algunas horas después. A pesar de las medidas caseras tomadas por los presentes para que recobrara el conocimiento, C siguió inconsciente. Frente a la sugerencia de uno de los presentes de llamar de modo inmediato a los servicios médicos de urgencias, el acusado -que no deseaba que se le viera en ese contexto- afirmó que no pasaba nada y que la víctima tan sólo estaba recuperándose de la ingestión de las diversas sustancias. C murió a la mañana siguiente por el efecto combinado de lo consumido. Una adecuada asistencia médica le hubiera podido salvar si la hubiera recibido hasta dos horas después de perder el conocimiento.

El tribunal de instancia condenó al acusado -en lo que se refiere a la muerte de la víctima- por un delito de omisión del deber de socorro, invocando la doctrina sentada por el BGH en el caso de la jeringuilla<sup>18</sup>. El BGH revocó la sentencia y condenó al acusado por homicidio imprudente en comisión por omisión. Para el BGH, en el momento en el que la víctima perdió el conocimiento -y con independencia de que la entrega de la heroína sólo fuera

---

<sup>17</sup> BGH NSTZ 1984, pp. 452 y s.

<sup>18</sup> Vid. *supra* II. A. 2.

constitutiva de una participación impune en una autopuesta en peligro-, el acusado debía evitar el resultado, estando en posición de garante por injerencia.

5. **Caso de la infusión de estramonio**<sup>19</sup>. El acusado, un joven de 18 años, había preparado con ocasión de una reunión de varios adolescentes, realizada a la orilla de un lago, una infusión a base de estramonio -una planta común que contiene sustancias alucinógenas-, té y azúcar. Con base en anteriores experiencias, indicó a los presentes cuáles eran los efectos que producía la ingestión de la infusión y les advirtió que no tomaran más de una taza, ya que de lo contrario podían producirse lesiones en la vista. Uno de los participantes en la reunión, un chico de 15 años, a pesar de haber escuchado la recomendación del acusado, y pretendiendo obtener un efecto especialmente intenso, bebió dos tazas y además ingirió los posos de la infusión. En el transcurso de la noche, este joven cayó al lago y se ahogó en una zona de poca profundidad, sin que quedara probado cómo ocurrió, ya que los demás presentes -entre ellos, el acusado- se encontraban afectados por los efectos de la infusión, habiendo quedado incapacitados para reaccionar o siquiera percibir lo que sucedía.

---

<sup>19</sup> BGH NStZ 1985, pp. 25 y s.

Tanto el tribunal de instancia como el BGH absol vieron al acusado de la acusación por un delito de lesiones con resultado de muerte partiendo de la doctrina sentada por el BGH en el caso de la jeringuilla<sup>20</sup>. Afirma el BGH que el joven fallecido conocía todos los riesgos que emanaban de su conducta de autopuesta en peligro, y que no existían indicios para pensar que no actuara de modo responsable.

6. **Caso del tratamiento de desintoxicación**<sup>21</sup>. El acusado, médico, en el marco de un tratamiento de desintoxicación de dependencia de estupefacientes, extendió a dos pacientes receta de cinco ampollas a cada uno de un medicamento (Jetrinum) que contiene morfina, para que ellos mismos se inyectasen por vía intramuscular una ampolla en cada ocasión. Los dos pacientes, sin embargo, se inyectaron por vía intravenosa dos ampollas del medicamento para así obtener un efecto más fuerte, lo que les produjo la muerte.

El tribunal de instancia condenó al médico por un delito imprudente de lesiones, en un caso, y de homicidio imprudente, en el otro, sobre la base de una situación de previsibilidad distinta en cada caso en lo que se refiere a la muerte. En el recurso de revisión se adujo que los dos pacientes realizaron las inyecciones siendo conscientes del riesgo que asumían al contravenir las instrucciones del médico, de modo que éste no debería res-

---

<sup>20</sup> Vid. *supra* II. A. 2.

<sup>21</sup> BGH JR 1979, p. 429.

ponder de los resultados acaecidos. El BGH deja abierta la cuestión acerca de si debe existir un principio jurídico-penal general conforme al cual no responde quien posibilita que otro se ponga a sí mismo en peligro. Pues considera que la cuestión esencial en el caso está en el "especial deber de cuidado del médico" derivado del contrato de tratamiento, que en su opinión da lugar a una posición de garante del médico que le obligaría a no exponer a sus pacientes en el marco del tratamiento a ningún "riesgo evitable". Y en opinión del BGH, esto es lo que había sucedido en el caso, al "poner en manos de... pacientes toxicómanos un medicamento peligroso en dosis superior a la necesaria para una sola aplicación", de modo que mantuvo las condenas.

7. **Caso del salto desde el avión**<sup>22</sup>. El director de una productora cinematográfica contrató con un actor para que éste realizara un salto desde un avión a un lago, volando el avión a una altura de unos cuarenta o cincuenta metros. El actor, al ejecutar el salto, perdió el control de la caída e impactó en el agua con pecho y vientre, muriendo a consecuencia de las heridas internas que le produjo el choque.

El LG absolvió mediante auto al director, acusado de homicidio imprudente, al considerar que el actor había realizado el salto "voluntariamente".

---

<sup>22</sup> LG München II, JW 1920, p. 922.

8. **Caso del líquido cáustico**<sup>23</sup>. La acusada, en el marco de una discusión de vecindad, había lanzado a la víctima un líquido desengrasante cáustico, que la había alcanzado en la cara, cuero cabelludo y pabellones auriculares. La víctima, en vez de lavarse, se quedó en las inmediaciones del lugar y sólo la insistencia de los agentes de policía que acudieron a la llamada de la acusada logró -una hora y media después de ocurrido el suceso- que consintiera en buscar asistencia médica. El líquido produjo heridas que tardaron tres meses en curar y dejaron cicatrices visibles, después de varias intervenciones quirúrgicas en las que se le practicaron injertos en las zonas afectadas. Conforme a los hechos declarados probados, no se hubiera producido lesión alguna si la zona afectada hubiera sido lavada con agua.

La Audiencia condenó a la acusada por una falta de malos tratos y la absolvió del delito de lesiones del que se la acusaba. El TS casó la sentencia de instancia y condenó por lesiones afirmando que no puede hablarse en este caso de una interrupción del curso causal por la actuación de la víctima, ya que ésta ignoraba las características del líquido con el que había sido rociada.

9. **Caso del salto del camión**<sup>24</sup>. El acusado, que conducía un camión, había recogido a una joven que hacía autostop y

---

<sup>23</sup> STS 17.9.1993 (RA 6697)

<sup>24</sup> STS 8.11.1991 (RA 8298).

había comenzado poco después a hacerle explícitas proposiciones de índole sexual. La víctima se negó rotundamente a éstas, pero el conductor siguió planteándolas de modo insistente; la joven le pidió entonces que detuviera el vehículo, anunciándole que de lo contrario se lanzaría en marcha. Al ver que el acusado no paraba el camión, hizo realidad su anuncio, resultando con lesiones graves al ser arrollada por las ruedas traseras del vehículo.

El tribunal de instancia condenó al acusado por un delito de lesiones imprudente. El TS mantuvo la condena. Frente a la alegación del recurrente de que fue la joven la que decidió voluntariamente lanzarse del camión en marcha, el TS afirma que la conducta de la víctima, al poder prever razonablemente que iba a ser objeto de un delito contra la libertad sexual, era "legítima", siendo la única causa reproachable de las lesiones el comportamiento del acusado, y las lesiones objetivamente imputables a éste.

10. **Caso del arsénico**<sup>25</sup>. La acusada había dejado una botella corriente de vino o aguardiente llena de arsénico disuelto en el poyete de la ventana de la sala de estar de su vivienda. Su marido, que era dado a la bebida, entró en la habitación y bebió de la botella, muriendo a las pocas horas por efecto del arsénico.

---

<sup>25</sup> RGSt 1, pp. 373 y ss.

El tribunal de instancia condenó a la mujer por un delito de homicidio imprudente. El RG mantuvo la condena: si bien reconoce que la conducta del marido fue poco cuidadosa y tuvo eficacia causal, afirma que la relación de causalidad existente entre la conducta de la mujer y el resultado no desaparece por ello, siendo, además, previsible el curso de los acontecimientos.

11. **Caso del lanzagranadas**<sup>26</sup>. En el curso de una clase teórica acerca del uso de un modelo de lanzagranadas, un sargento del ejército había estado utilizando un simulador del arma. Después de varias demostraciones prácticas acerca del funcionamiento del arma, efectuadas sin munición en el simulador, el sargento lo guardó en su funda de transporte para pasar a explicar el mecanismo del visor del aparato mediante unas láminas. Mientras el sargento estaba dando esas explicaciones, el teniente jefe de la sección sacó el simulador de la funda y lo cargó con el cartucho correspondiente para que estuviera preparado para que él mismo diera al final de la clase una última explicación. Esto no fue advertido por el sargento, y el teniente no quiso interrumpir la explicación que éste estaba desarrollando. En ese momento, el teniente fue llamado por el encargado del aparato de radio. Mientras el teniente estaba aún ausente, el sargento volvió a coger el simulador con el objeto de explicar con él lo acabado de exponer con ayuda de las láminas. Al realizar la

---

<sup>26</sup> STS 23.5.1995 (Sala Quinta) (RA 4156).



explicación, dos cabos que le ayudaban en la clase se situaron detrás del simulador, de tal modo que uno de ellos resultó alcanzado por la deflagración del cartucho -que se proyecta hacia atrás- al apretar el sargento el gatillo en el curso de la explicación -confiando en que el aparato seguía descargado- sin verificar -como es obligatorio- si había alguien situado detrás. El cabo sufrió lesiones en un ojo.

El tribunal de instancia absolvió al teniente de un delito contra la eficacia del servicio previsto en el art. 159, parrafo 2° del CP Militar. El TS casó la sentencia -y condenó al teniente- argumentando que no falta ni la relación de causalidad ni la de imputación objetiva. Frente a la alegación de que la conducta negligente de la víctima debería excluir la imputación objetiva, el TS afirma que el cabo no podía prever que alguien hubiera cargado el simulador, de modo que subsistía la relación hacia la conducta imprudente del teniente.

**12. Caso de la reacción de pánico<sup>27</sup>.** El acusado había invadido la acera por una conducción imprudente de su vehículo, dirigiéndose éste hacia tres peatones. Dos de ellos lograron eludir la colisión, pero uno de ellos fue alcanzado y murió de modo inmediato por el impacto. Uno de los dos acompañantes que habían logrado evitar el choque, una mujer, salió

---

<sup>27</sup> STS 27.1.1984 (RA 804).

corriendo hacia la calzada -presa de una reacción de pánico al ver el cuerpo del peatón arrollado en el suelo- en la que fue atropellada -sufriendo lesiones- por otro vehículo cuyo conductor no pudo evitar la colisión.

El TS confirmó la condena del acusado por las lesiones producidas en el segundo atropello a la mujer que salió corriendo, afirmando que no hay razón alguna para no imputar este resultado a la conducta imprudente inicial del acusado.

**13. Caso del incendio<sup>28</sup>.** El acusado había participado junto con otras personas -entre ellas, la posterior víctima- en una fiesta celebrada en una casa. El acusado prendió fuego en la planta superior del inmueble, en la que se encontraban dos personas: el hijo, de doce años, del matrimonio anfitrión, y uno de los invitados, que estaba dormido. Al progresar el incendio, el niño pudo salvarse, mientras que el invitado sufrió una intoxicación por humo que condujo poco después a su muerte. Otro hijo del matrimonio anfitrión, que en el momento de desencadenarse el incendio se encontraba en el exterior -y que había ingerido una considerable cantidad de alcohol-, intentó subir a la planta superior de la casa, en la que quería salvar los bienes materiales o las personas que ahí estuvieran, especialmente a su hermano de 12 años. Llegó al pasillo de la planta superior, en la que cayó al

---

<sup>28</sup> BGHSt 39, pp. 322 a 326.

suelo por los efectos producidos por la inhalación del humo, muriendo también él por una intoxicación de monóxido de carbono.

El tribunal de instancia condenó al acusado por un delito de incendio, y, en lo que se refiere a la muerte del hermano que intentó el salvamento, por homicidio imprudente. El BGH mantuvo la condena, argumentando que en este supuesto no concurre una autopuesta en peligro responsable, ya que no queda excluido el fin de protección de la norma.

#### **B. Conductas simultáneas de víctima y autor**

1. **Caso del copiloto (RG)**<sup>29</sup>. El acusado, de unos 18 años, había realizado una excursión con un amigo suyo, mecánico, de 21 años, llevándolo en el asiento de una motocicleta que le había dejado a éste para una reparación por indicación del propietario. Al realizar una nueva excursión, el acusado se percató a la ida de que los frenos no funcionaban correctamente. En el trayecto de vuelta, a causa de ese defecto y de la velocidad demasiado elevada a la que conducía el acusado, se produjo una colisión por causa de la cual el mecánico perdió la vida, mientras que el acusado resultó gravemente lesionado.

---

<sup>29</sup> JW 1925, pp. 2250 a 2252.

El tribunal de instancia condenó al acusado por un delito de homicidio imprudente. La defensa interpuso recurso de revisión contra la condena, alegando que en este caso se trataba de un supuesto de consentimiento en una lesión imprudente que debía equipararse a una autolesión imprudente, siendo impune la conducta del acusado. Frente a esta argumentación, el RG mantuvo la condena, afirmando -partiendo de que no cabía duda acerca de la relación causal y el carácter imprudente del comportamiento del acusado- que en ningún caso había existido consentimiento, ya que no había quedado probado que la víctima hubiera aprobado -a pesar de que ésta, como también quedó constatado en los hechos probados, no manifestó objeción alguna- la conducción temeraria del acusado; por otro lado, si bien conocía el hecho de que el acusado no disponía de permiso de conducción, no sabía que los frenos estaban en un estado defectuoso. Más allá de estas consideraciones, para el RG hubiera debido mantenerse la condena aún en el caso en el que hubiera habido consentimiento, ya que los deberes de cuidado en este ámbito son de carácter absoluto.

2. **Caso del copiloto (TS)**<sup>30</sup>: A y B, por un lado, en una motocicleta que conducía A y en la que B iba de pasajero, habían entablado una competición irregular con C, D, E y F, por otro, que iban en otras motocicletas, en una carretera estrecha con mala visibilidad. Al tomar en el curso de la competición una curva muy cerrada, la moto de A y B se precipitó contra un vehículo que de modo correcto circulaba en dirección contraria, muriendo B.

---

<sup>30</sup> STS 23.12.1963 (JC 1542)

El tribunal de instancia condenó por homicidio imprudente a A en relación con la muerte de B y a C, D, E y F por un delito de conducción temeraria. EL TS mantuvo la condena.

3. **Caso del conductor ebrio**<sup>31</sup>. El acusado, estando ebrio (1,6 ‰ de alcohol en sangre), se dejó convencer por un amigo suyo para que le llevara a casa. En el trayecto, un error de conducción produjo la muerte del amigo.

El OLG rechazó la posibilidad de apreciar un consentimiento en el riesgo que excluyera la responsabilidad del acusado por la muerte de su amigo, argumentando que el acusado no estaba realizando una actividad lícita, y mantuvo la condena por homicidio imprudente dictada en la instancia anterior.

4. **Caso del barquero**<sup>32</sup>. Dos viajeros habían solicitado al acusado, barquero en el río Memel, que les cruzara con su barca a la otra orilla. El barquero se negó inicialmente a ese propósito, indicándoles que la situación del río -con un caudal superior al habitual- hacía extremadamente peligrosa el intento de cruzarlo. Los viajeros, sin embargo, insistieron tanto -poniendo incluso en duda la valentía del acusado- que éste accedió finalmente a su petición. En el curso de la travesía, uno de los dos viajeros, en contra de las indica-

---

<sup>31</sup> OLG Karlsruhe, NJW 1967, pp. 2321 a 2323.

<sup>32</sup> RGSt 57, pp. 172 a 174.

ciones del barquero, se puso de pie en la barca al ser ésta alcanzada por una ola. La barca se hundió, muriendo ahogados ambos viajeros.

El LG Tilsit condenó al acusado por un delito de homicidio imprudente. El RG lo absolvió afirmando que no cualquier puesta en riesgo basta para afirmar la concurrencia de imprudencia en el sentido del Código penal. En el caso, el hecho de que ambos viajeros conocieran igual que el barquero lo peligroso de la empresa hacía desaparecer, según el RG, la infracción del deber característica de la imprudencia. Partiendo de esto, sólo el hecho que el barquero hubiera llevado a cabo de modo imprudente la travesía -cosa que no quedó acreditada- podría haber fundamentado su imprudencia. Por lo tanto, el RG absolvió al barquero.

5. **Caso del ciclomotor**<sup>33</sup>. El acusado había participado junto a otras tres personas en un festejo popular. En el transcurso de la fiesta se produjo una pelea, de la que el acusado y sus tres acompañantes huyeron en el ciclomotor del primero, conducido por éste. Al perder el control del vehículo, el acusado y los otros tres sujetos cayeron al suelo; uno de ellos resultó muerto, los demás con lesiones leves.

El tribunal de instancia condenó por homicidio y lesiones imprudentes. El BGH revisa la sentencia en cuanto al delito de lesiones, afirmando que existía consentimiento en las posibles lesiones imprudentes, lo que priva a éstas de la cualidad

---

<sup>33</sup> BGH MDR 1959, p. 856.

de ser contrarias a las buenas costumbres, requisito establecido para la punición en el § 226a StGB.

6. **Caso de la competición de motocicletas (BGH)**<sup>34</sup>. El acusado y la posterior víctima acordaron a propuesta de ésta realizar una carrera con sus respectivas motocicletas -como ya habían hecho en la tarde del mismo día- a las dos de la madrugada después de haber compartido unas bebidas en una taberna. Como la motocicleta del acusado era de mayor cilindrada, se le dió al otro participante una cierta ventaja. Unos trescientos metros antes del punto que habían acordado considerar la meta, el acusado se aproximó a la víctima, que entonces empezó a serpentear con su vehículo para impedir el adelantamiento del acusado. A falta de unos cien metros, la posterior víctima condujo su motocicleta en línea recta y a una velocidad de 50 km/h hacia la meta; cuando el acusado iba a adelantarle, después de acelerar, la víctima se volvió a acercar al lado izquierdo de la calzada; el acusado, a pesar de ello, intentó adelantarle, aunque aquel sólo había dejado un espacio de poco más de un metro hasta el margen izquierdo de la calzada. El acusado entró en contacto con el bordillo y cayó; aunque no tocó a la víctima, ésta también cayó al suelo y murió al día siguiente como consecuencia de las lesiones sufridas.

---

<sup>34</sup> BGHSt 7. pp. 112 a 118.

El acusado fue condenado por homicidio imprudente; el BGH confirma la condena afirmando que no existe razón alguna para poner en duda ni la relación de causalidad, la antijuridicidad o la imprudencia en la conducta del acusado.

7. **Caso de la competición de motocicletas (TS)**<sup>35</sup>. El acusado circulaba por una calle relativamente estrecha (5 m de calzada) con su motocicleta, en la que le acompañaba su amiga B, a una velocidad superior a la reglamentaria (no inferior a 80 km/h) realizando una competición con C, quien igualmente acompañado por otra persona -D-. Después de sucesivos adelantamientos entre los dos vehículos, C intentó de nuevo adelantar a la motocicleta de A. Al circular A por el centro de la calzada, C no dispuso de suficiente espacio para adelantar; las dos motocicletas colisionaron debiéndose la colisión tanto a la maniobra de A como a la de C. C y D resultaron muertos, A y B heridos.

El TS, confirmando la sentencia de la Audiencia y aplicando la doctrina de la concurrencia de culpas, condenó a A por homicidio y lesiones imprudentes, degradando la imprudencia (de temeraria a simple, conforme al CP 1973) por la influencia de la conducta de las víctimas.

---

<sup>35</sup> STS 25.9.1986 (JP 1149).



8. **Caso de la botella**<sup>36</sup>. El acusado y el sujeto que posteriormente resultó lesionado estaban juntos en una reunión social en compañía de otros jóvenes. El acusado, que era miembro de la Guardia Civil, había exhibido durante la reunión su arma y había hecho diversos alardes de puntería con ella. En un momento de la velada, la posterior víctima retó al acusado a que acertara con un disparo de su arma de fuego a alcanzar una botella mientras él la ponía en la boca para beber. El acusado aceptó la proposición y disparó justo en el momento en el que el joven que le había hecho la propuesta se inclinaba para limpiarse algo de vino que se había derramado, de modo que el disparo le alcanzó en el hemitórax. El joven murió a consecuencia de la lesión sufrida unas semanas después.

La Audiencia condenó al acusado por un delito de homicidio imprudente. En el recurso de casación interpuesto, su defensa alegó que el tribunal de instancia no había aplicado la doctrina de la concurrencia de culpas del propio TS, según la cual la contribución causal de la propia víctima al suceso debería haber excluido o al menos degradado la imprudencia del acusado<sup>37</sup>. El TS rechaza el recurso, afirmando que el supuesto debe calificarse como una puesta en peligro tolerada por la víctima. Y como la vida no es un bien jurídico disponible, ese consentimiento no puede ni eliminar la calificación de imprudente de la conducta del autor ni afectar al fin de protección de la norma de

---

<sup>36</sup> STS 17.7.1990 (RA 6728).

<sup>37</sup> Cfr. *supra* A. 3.

cuidado. Tampoco se trata, según el TS, de uno de los supuestos extraordinarios en los que puede equipararse la acción del tercero consentida con la autopuesta en peligro de la víctima, ya que la ejecución de la apuesta fue defectuosa por parte del acusado, al disparar en un momento en el que la víctima no estaba preparada. Finalmente, el TS considera que lo que sí puede apreciarse es una atenuante analógica -al quedar disminuido el injusto-, ya que el homicidio, en su opinión, no sólo protege el bien jurídico vida -efectivamente lesionado-, sino también la autodeterminación de la persona afectada, bien que en este caso -dado el consentimiento de la víctima- no se había visto menoscabado.

9. **Caso del aguardiente de frutas**<sup>38</sup>. El acusado mantenía una relación emocional con una joven, con la que convivía en un hostel. En el marco de la relación, el acusado ejercía un papel dominante, mientras que la joven, una mujer de 19 años, y de carácter algo ingenuo y aniñado -conforme a los hechos declarados probados, daba la impresión de no pasar de 16 años de edad- solía plegarse a sus deseos. Con ocasión de una visita a un tío del acusado, propietario de una tienda de bebidas, el acusado retó a la joven -que, como el acusado sabía, no solía consumir bebidas alcohólicas y que en el día en cuestión aún no había ingerido alimento alguno- a competir con él en el consumo de un licor de frutas (con un contenido de alcohol de alrededor de 42-45%) ofrecido por su

---

<sup>38</sup> BGH NStZ 1986, pp. 266 y s.

familiar. En realidad, sin embargo, el acusado tan sólo hizo creer a la joven que bebía la misma cantidad de aguardiente que ella; pues mientras él le llenaba en repetidas ocasiones el vaso, él tan sólo tomaba pequeños sorbos del líquido. La chica ingirió en un espacio de tiempo de alrededor de media hora medio litro del aguardiente. Poco después, perdió el conocimiento, alrededor de las once de la mañana. El acusado abandonó a la chica en la habitación del hostel y no se ocupó más de ella; ésta murió entre las siete y las ocho de la tarde por la intoxicación. Si se le hubiera prestado ayuda médica a principios de la tarde, la chica aún pudiera haber sido salvada con seguridad.

El tribunal de instancia condenó al acusado por un delito cualificado de lesiones con resultado de muerte. EL BGH confirmó la sentencia aduciendo que en este caso no puede aplicarse el principio de la impunidad de la participación en una autopuesta en peligro<sup>39</sup>, ya que el acusado había engañado a la joven acerca de las dimensiones del riesgo que ésta estaba sufriendo, de modo que sería punible por tener superiores conocimientos acerca del riesgo que ella.

**10. Caso del SIDA (BGH)<sup>40</sup>.** El acusado había tenido conocimiento de que estaba infectado con el virus de inmunodefici-

---

<sup>39</sup> Cfr. *supra* II. A. 2.

<sup>40</sup> BGHSt 36, pp. 1 a 20.

ciencia humana (VIH)<sup>41</sup>. El médico que le comunicó este hecho le informó de modo exhaustivo acerca del riesgo de contagio del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) que emanaba a partir de ese momento de su persona para quienes mantuvieran relaciones sexuales con él y le indicó, especialmente, que sería necesario que utilizara en todo caso un preservativo a la hora de mantener los contactos sexuales que dan lugar a posibles contagios, especialmente, el coito vaginal, anal u oral. A pesar de estas recomendaciones, el acusado mantuvo en varias ocasiones, con personas que había conocido poco antes en un local del ambiente homosexual, relaciones sexuales sin preservativo y sin informar a su respectiva pareja acerca del hecho de que estaba infectado. En ninguno de estos casos pudo comprobarse que se hubiera producido una transmisión del virus.

El tribunal de instancia condenó al acusado por tentativa de un delito de lesiones. El BGH mantuvo la condena, argumentando que no puede quedar excluida la responsabilidad de las víctimas por el hecho de que hubieran sido poco cuidadosas al no exigir el uso de medidas de prevención, ya que con independencia de que en este caso pudiese aplicarse la doctrina de la distinción entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, en todo caso la responsabilidad -siguiendo la formulación en la sentencia de la jeringuilla<sup>42</sup>- co-

---

<sup>41</sup> Sobre algunos de los problemas que plantean estos supuestos con independencia de la cuestión de la conducta de la víctima, vid. las referencias contenidas infra § 6 II. C. 2. en nota.

<sup>42</sup> Cfr. *supra* II. A. 2.

mienza en aquel momento en el que el autor dispone de conocimientos superiores en la materia que la víctima.

11. **Caso del SIDA (BayObLG)**<sup>43</sup>. El acusado, que mantenía una relación amorosa con una joven de 16 años, estaba infectado con el VIH. A pesar de la negativa inicial del acusado, y frente a las insistentes peticiones de la joven -que conocía su infección-, mantuvo relaciones sexuales sin preservativo durante un tiempo prolongado con ella. La chica no resultó contagiada con el virus.

El juzgado de instancia absolvió al acusado del delito de tentativa de lesiones del que estaba acusado. El BayObLG mantuvo esta absolución frente al recurso de la fiscalía, que afirmaba que concurría una heteropuesta en peligro punible al no estar cubierta por un consentimiento válido. El BayObLG calificó los hechos como mera participación -impune- en una autopuesta en peligro responsable.

12. **Caso de los esquiadores**<sup>44</sup>. El acusado había contratado a un grupo de esquiadores, todos ellos de gran pericia, para rodar con ellos una película. El valle que el acusado había escogido -que no forma parte de un complejo de pistas y es

---

<sup>43</sup> BayObLG NJW 1990, pp. 131 y s.

<sup>44</sup> BGE 91 IV. pp. 117 y ss.

especialmente peligroso en cuanto a la producción de avalanchas de nieve- se encontraba cerrado por el riesgo de que se ocasionaran avalanchas. El Instituto Confederal suizo de Investigaciones de Nieve y Avalancha había informado a través de los medios de comunicación social desde varios días antes del descenso del acusado y sus esquiadores que en las alturas correspondientes al valle seleccionado existían unas condiciones metereológicas extraordinarias que elevaban el riesgo de avalanchas. Además, el día escogido para el descenso se produjo un aviso especial en ese sentido en el punto de salida del remonte que utilizó el grupo, por medio de altavoces. Finalmente, el acusado fue informado en la mañana de ese mismo día por uno de los encargados de seguridad de pistas de que el valle escogido se hallaba cerrado. A la entrada del valle en cuestión había señales indicativas del cierre. A pesar de ello, el acusado y su grupo iniciaron el descenso, produciéndose una avalancha de nieve que causó la muerte a dos de los integrantes del grupo.

El tribunal de instancia absolvió al acusado, pero el tribunal cantonal de apelación lo condenó por un delito de homicidio imprudente. El Tribunal Federal confirmó en casación la condena. Después de afirmar la existencia de una relación de causalidad, tanto desde el punto de vista de la causalidad natural como de la causalidad adecuada, el Tribunal afirma que con independencia de la existencia de una relación de arrendamiento de servicios, al acusado le correspondía un deber de cuidado en cuanto iniciador y director de la activi

dad. Según el Tribunal, ese deber de cuidado no se ve afectado por la circunstancia de que una vez el terreno, el acusado "abandonara su posición como director de la filmación". Pues en su opinión, era cometido del acusado averiguar las condiciones de seguridad del descenso, cosa que omitió (en particular, no consultó el último informe de avalanchas) a pesar de conocer las especiales condiciones climatológicas existentes y la especial peligrosidad del valle escogido para la filmación. Para el Tribunal, no resulta necesario tener en cuenta que los demás integrantes del grupo -entre ellos, las víctimas- vieran las señales de cierre o las informaciones dadas por altavoz en el remonte. Pues a pesar de ello debería el acusado haber hecho las averiguaciones antes aludidas, en particular, haber comunicado a sus compañeros el aviso recibido del miembro del servicio de protección de pistas.

**13. Caso del monopatín<sup>45</sup>.** El acusado arrastró con su ciclomotor a la víctima, que, montada en un monopatín, se sujetaba al portaequipajes del ciclomotor. Ambos eran aficionados al monopatín. Después de haber rodado a una velocidad de aproximadamente 35 a 40 km/h durante un trayecto de unos 300 metros, la víctima perdió el control del monopatín y sufrió graves lesiones craneales que le produjeron la muerte una semana después.

El tribunal de instancia condenó al acusado por homicidio imprudente, afirmando que cualquier usu-

---

<sup>45</sup> BayObLG NZV 1989, p. 80.

ario del monopatín sabe que al alcanzar ciertas velocidades puede perderse el control del instrumento. El BayObLG revisó la sentencia en virtud de la doctrina conforme a la cual el hecho de posibilitar una autopuesta en peligro de otro no es una conducta típica<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Cfr. *supra* II. A. 2.



## Primera Parte

### Algunos presupuestos del análisis

-----

## Introducción

-----

1. Todo estudio dogmático se apoya en realidad en unas bases amplias y no explicitadas que pueden reconducirse, en última instancia, al conjunto de desarrollo del sistema en cuestión. Como parece lógico, no es a este tipo de bases a las que se refieren las páginas que siguen. Por el contrario, se trata de exponer sintéticamente algunas reflexiones acerca de dos cuestiones que están relacionadas con el punto de partida elegido en el presente trabajo. En este sentido, para la mejor comprensión del desarrollo del análisis del objeto que aquí interesa en sentido estricto, parece conveniente expresar con cierta claridad cuáles son las orientaciones fundamentales de las que se parte.

2. La primera de las cuestiones que aquí ha de abordarse implica al mismo tiempo una delimitación del objeto de estudio: se trata de esbozar la relevancia de las normas especiales referidas a la intervención en un suicidio ajeno para el problema general de imputación aquí planteado<sup>1</sup>. Como se habrá advertido por la formulación anterior, aquí se partirá de que estas normas son eso, normas especiales, es decir, de que no prejuzgan fuera de su ámbito de aplicación las soluciones a las que haya de llegar el sistema de imputación. Es

---

<sup>1</sup> Cfr. *infra* § 2.

ésta una convicción que probablemente es asumida por la mayoría de quienes se han ocupado -sobre todo, en fechas más recientes- del problema que aquí interesa. Sin embargo, por un lado, lo cierto es que existen voces significativas en la doctrina que quieren establecer una conexión entre la cuestión del suicidio y su respuesta normativa y la relevancia general de la conducta de la víctima. Por otro lado, la convicción más o menos amplia a la que antes se aludía no suele plasmarse en una formulación positiva de las diferencias que separan uno y otro sector. Por ello, parece aconsejable realizar algunas breves reflexiones -que en modo alguno pretenden adentrarse en el análisis del difícil problema de la incriminación de modalidades de auxilio al suicidio- acerca de las relaciones entre este ámbito y el que aquí será objeto de estudio.

3. La segunda de las cuestiones que parece conveniente abordar en cuanto presupuesto pertenece a un contexto distinto: se trata de explicitar el "entorno" sistemático-dogmático de la solución a delinear<sup>2</sup>. Al igual que otras aportaciones realizadas en los últimos tiempos, en el presente trabajo se llegará a la conclusión que el marco adecuado para abordar el problema está -como se ha dicho- en la teoría del tipo objetivo. Este sector de la teoría del delito ha sufrido una

---

<sup>2</sup> Cfr *infra* § 3.

verdadera revolución producida por la así llamada teoría de la imputación objetiva. La rápida aceptación que esta teoría ha experimentado en la construcción doctrinal de la dogmática jurídico-penal, e incluso en la *praxis*, contrasta vivamente con las numerosas dudas y discrepancias que aún acompañan a cuestiones fundamentales de su estructura y características. Si bien la bibliografía existente en el momento actual permite afirmar que existe una base suficiente para configurar los aspectos esenciales de esta teoría, las dudas y discrepancias antes aludidas aconsejan realizar con carácter previo una breve exposición -fundamentalmente descriptiva- de algunos de los rasgos de la teoría de la imputación objetiva. Pues de lo contrario, se corre el riesgo de utilizar esta teoría a modo de mero eslógan. Por supuesto, el objetivo no es, tampoco aquí, abordar la teoría de la imputación objetiva como tal en su conjunto, sino que se limita a la función clarificadora que antes se ha mencionado. Dicho de modo sintético, en todo caso, el presente estudio pretende ser una contribución sectorial a esta teoría.

§ 2 La regulación jurídico-penal de la intervención  
-----  
en un suicidio ajeno como normativa especial  
-----

I. Planteamiento  
-----

1. Como se ha visto<sup>3</sup>, el objeto de estudio del presente trabajo no incluye la problemática de la intervención en un suicidio ajeno, sino que lo que aquí se persigue es abordar el problema de la intervención de la víctima en comportamientos arriesgados -entre éstos, también conductas que afectan a la vida de ésta- desde una perspectiva más general en el sistema de imputación. Sin embargo, la cuestión de la intervención de terceros en un suicidio -que, como es evidente, siempre implica una conducta relevante de la víctima- y su tratamiento jurídico-penal es para muchos el punto de partida, o al menos un presupuesto necesario para abordar la configuración general de la valoración de la conducta de la víctima cuando queda afectado por el suceso el bien jurídico vida.

2. Particularmente, puede decirse que hay dos modelos conforme a los que se sostiene que la regulación de la intervención en un suicidio debe constituirse en un punto de referencia: de modo directo, se sostiene que la existencia de

---

<sup>3</sup> Cfr. *supra* § 1.

normas que incriminan el comportamiento del tercero que auxilia a la víctima demuestra que existe una decisión político-criminal del ordenamiento que debe influir -limitando las posibilidades de exoneración del autor en razón de la conducta de la víctima- en el tratamiento de todos los supuestos en los que quede afectada la vida de la víctima. Por otro lado, y ello sobre todo en la doctrina alemana -pero con repercusiones en la doctrina española-, se afirma que la configuración de las normas penales referidas al suicidio, subdivididas en normas que castigan conductas de participación y normas que incriminan conductas de ejecución, debe prejuzgar el tratamiento jurídico-penal de supuestos situados fuera del ámbito del suicidio<sup>4</sup>.

3. En lo que sigue, se exponen de modo sintético esas hipotecas que supuestamente coloca la regulación del suicidio sobre el sistema de imputación y se hacen algunas reflexiones -sin la pretensión de abordar las múltiples cuestiones dogmáticas que plantea la regulación de la intervención en un suicidio ajeno, y, en particular, la cuestión de la legitimidad de esa regulación- que conducen a la conclusión de que el tratamiento jurídico-penal del fenómeno del suicidio es excepcional y no puede, en consecuencia, prejuzgar la construcción dogmática de una solución general.

---

<sup>4</sup> Vid. sobre esto también *infra* § 6 II. A.

## II. El alcance de los límites a la disposición ----- de la víctima sobre su propia vida -----

### A. La incriminación de la intervención en un suicidio ajeno como punto de partida

1. En un primer momento, es necesario hacer referencia a la valoración jurídico-penal del ámbito de la autolesión (sin interacción con otros), puesto que ésta se entiende con frecuencia como base del enjuiciamiento de aquellos casos en los que concurre interacción. Aquí se parte sin más de que una eventual punición de la autolesión constituye una invasión del Estado en la esfera privada de la moral, carente de fundamento en un ordenamiento jurídico moderno<sup>5</sup>; esto no se pone en duda -con muy escasas excepciones-, tampoco en materia de suicidio. Pues lo contrario implicaría establecer un deber a seguir viviendo -frente a la comunidad, o frente a la divinidad-, ya que la conducta del suicida, como es evidente, no afecta a otro sujeto de modo directo en sus bienes.

Sin embargo, como es sabido, el ordenamiento jurídico-penal sí incrimina la conducta de quien interviene junto a otro en el suicidio de éste, y lo hace en un precepto diferenciado de las formas de homicidio común, con un marco penal infe-

---

<sup>5</sup> Esto va de suyo respecto de la mayoría de los bienes jurídicos; cfr., por ejemplo, respecto de la fundamentación en el caso del suicidio, **Jakobs**, FS Kaufmann, pp. 463 y ss.

rior -como ha quedado claro en el CP 1995-<sup>6</sup>. Acerca de la ratio de estos preceptos se ha generado una discusión en la que la diversidad de criterios de fundamentación sostenidos y la disparidad de las consecuencias prácticas propuestas es extraordinaria<sup>7</sup>.

2. De la existencia de esas normas incriminadoras, como antes se ha dicho, se han extraído para el ámbito que aquí interesa dos consecuencias:

a) en primer lugar, se ha afirmado que la punición de la intervención en un suicidio ajeno demuestra que la vida es un bien jurídico indisponible. Como consecuencia de ello, se dice que aún en supuestos en los que el titular del bien jurídico no lo quiere sacrificar, sino asume una conducta que lo pone en riesgo -dicho, de momento, de modo aproximativo-, ésta conducta carece de relevancia respecto de la valoración del comportamiento de quien interviene en el hecho junto a ella<sup>8</sup>: en este sentido, dice **Torío López** respecto del consentimiento que

---

<sup>6</sup> Vid. arts. 138 y 143 CP 1995 en relación con los arts. 407 y 409 CP 1973.

<sup>7</sup> Vid. por todos últimamente **Juanatey Dorado**, *Suicidio, Derecho y eutanasia*, pp. 144 y ss. y *passim*.

<sup>8</sup> Cfr. sobre todo *infra* § 5 II. A. 1.



"...el consentimiento expreso en una acción imprudente que ponga en peligro, y ulteriormente lesione, la vida de la víctima carecería jurídicamente de significación. En tal homicidio culposo persistiría la responsabilidad jurídico-penal del autor."<sup>9</sup>

O, con una formulación más amplia, en palabras de Cerezo Mir:

"El que el sujeto pasivo haya creado dolosamente el peligro para su vida... no permite excluir la imputación del resultado al sujeto activo... en un Código penal, como el nuestro, en el que se castiga (a diferencia de lo que sucede en el Código penal alemán) la inducción y auxilio (doloso, con dolo directo) al suicidio. Estamos ante una decisión político-criminal implícita en nuestro Código y que obliga a llegar a conclusiones distintas. En los supuestos de creación dolosa del peligro por otra persona, con el consentimiento de la víctima... es difícil admitir que no estén comprendidos en el ámbito de protección de la norma implícita en el homicidio culposo... cuando la vida no es en nuestro Código un bien jurídico disponible (como se deduce de la punición en el art. 409 del homicidio consentido)."<sup>10</sup>

Conforme a esta opinión, por tanto, todo el sector de comportamientos relacionados con el bien jurídico vida quedaría abarcado por la valoración expresada por el legislador al

---

<sup>9</sup> Torío López, LH Fernández Albor, p. 720.

<sup>10</sup> PG I<sup>4</sup>, p. 348, en polémica con la doctrina de la "participación en una autopuesta en peligro" (vid. infra § 6).

incriminar determinadas modalidades de intervención en un suicidio.

b) En segundo lugar, se ha estimado que la estructura de la incriminación de las modalidades de intervención en un suicidio debe ser el punto de partida también en otro plano: el de la ejecución. Esta argumentación ha sido desarrollada en la doctrina alemana -si bien tiene relevancia para la española, ya que a pesar de la diferente situación jurídico-positiva, han sido adoptadas por parte de algún sector sus consecuencias- sobre la base de la limitación de la punibilidad en el § 216 StGB<sup>11</sup> a la ejecución por parte del tercero: partiendo de la atipicidad de la autolesión/autopuesta en peligro se sostiene que también la participación en ésta ha de ser impune. Por el contrario, cuando la conducta del tercero sea de ejecución-autoría, se tratará, en principio, de un comportamiento punible<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Este precepto dispone: § 216. "Homicidio a petición. (1) Si el autor ha sido determinado a realizar el homicidio por la petición expresa y seria de quien es muerto, se impondrá pena privativa de libertad de seis meses a cinco años. (2) La tentativa es punible."

<sup>12</sup> Se trata del así llamado "argumento de la participación" (que será objeto de análisis detallado *infra* § 6 II. A.), desarrollado por parte de la jurisprudencia alemana en dos pasos partiendo de la premisa del § 216 StGB: de la atipicidad del suicidio se deduce la impunidad de la participación dolosa en el suicidio (= § 216 y §§ 26 y ss. StGB [RG 70, pp. 313 y ss., 315]) (cfr. por todos ya en contra de esta premisa **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 3 y s., 159: que no concurre un hecho principal, no siendo posible, por tanto, "participación", no dice nada acerca de la posible imputación a título de autor del comportamiento; en este mismo sentido **Zazcyk**, *Strafrechtliches Unrecht*, p. 7). De esto se deduce a su vez la impunidad de la participación imprudente en el suicidio (BGH 24, pp. 342 y ss., 344). Y esta posición finalmente  
(continúa...)

Esta postura se fundamenta en la jurisprudencia alemana, que viene asumiéndola desde hace tiempo, sólo en muy pocas consideraciones de índole material; en la doctrina, este traslado de la solución específica alemana en el § 216 StGB (limitación de la punibilidad a la intervención directa) sirve para relativizar el paso, implícitamente realizado con anterioridad, de suponer la existencia de una prohibición de intervenir en comportamientos no consistentes en un suicidio<sup>13</sup>.

A la circunstancia de quién cometa externamente se le atribuye una importancia decisiva, y de la fundamentación (al menos parcial) de la impunidad con base en el argumento de la participación<sup>14</sup> surge la necesidad de sistematizar de una determinada manera los grupos de casos fuera del ámbito del suicidio: "autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro consentida"<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup>(. .continuación)  
se desarrolla en el sentido de sostener que también la participación en la autopuesta en peligro ha de ser impune (BGH 32, pp. 262 y ss., 265) (cfr. la exposición de esta argumentación en **Otto**, Jura 1984, p. 537).

<sup>13</sup> Paso que se manifiesta en que respecto de los comportamientos que suelen agruparse bajo la denominación "autopuesta en peligro" sólo se subraya la diferencia subjetiva (que normalmente concurre, pero no de modo necesario), es decir: autopuesta en peligro = autolesión imprudente (cfr. sólo **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, p. 7).

<sup>14</sup> Vid. sobre otras vías de argumentación *infra* § 6 II. B.

<sup>15</sup> Esto es lo que puede considerarse el resultado fundamental del debate abierto fundamentalmente por **Roxin** en torno a esta cuestión (vid. *infra* § 6 I.). Sin embargo, también para **Roxin** esta diferenciación pierde su "carácter fundamental" (en contra de esta pretensión habla ya que considere conveniente -como otros muchos autores alemanes- la inclusión (continúa...))

Algún que otro autor, sin embargo, ha sostenido, a diferencia de la argumentación más bien formal acabada de esbozar, que en realidad la diferenciación en la esfera de la ejecución responde a diferencias cualitativas. En este sentido -y dicho de modo sintético<sup>16</sup>-, **Zaczyk** plantea que la determinación tomada en el § 216 StGB, en el sentido de incluir en el ámbito penal sólo los supuestos de ejecución del suicidio por parte del tercero, no supone una mera "tabuización específica" elegida por el legislador, sino que contiene una "diferenciación jurídica fundamental"<sup>17</sup>: entre el comportamiento de la víctima en su propio ámbito (en el que el tercero sólo participa) y el comportamiento en el que la lesión no se produce exclusivamente dentro de esta esfera de libertad. En este sentido, la argumentación de **Zaczyk**<sup>18</sup> es inversa a la del "argumento de la participación" utilizado por los partidarios de distinguir en el ámbito de las conductas arriesgadas entre "autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro"<sup>19</sup>: no deduce la delimitación entre autolesión y he-

---

<sup>15</sup> (...continuación)  
en el tipo del § 216 de otras modalidades de intervención, siguiendo el modelo de otros ordenamientos -como el español-, NSTZ 1984, p.73; *Täterschaft und Tatherrschaft*<sup>6</sup>, p. 589; en ese mismo sentido, **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 163), puesto que en su propia concepción existe la posibilidad de equiparar ambas categorías (vid. *infra* § 6 II. C. 1).

<sup>16</sup> Cfr. con más detenimiento sobre la concepción de **Zaczyk** *infra* § 8 II. A.

<sup>17</sup> *Selbstverantwortung*, pp. 28 y s. y *passim*.

<sup>18</sup> Cfr. *Selbstverantwortung*, pp. 25 y ss., 32 y ss.

<sup>19</sup> Sobre esta delimitación y el "argumento de la participación", cfr. *infra* § 6 II.

terolesión de la existencia (en Derecho alemán) del § 216 StGB, sino que afirma que esa delimitación deriva de la estructura misma del injusto, siendo meramente "reproducida" por ese precepto. Según esta óptica, existe una "diferencia jurídica fundamental" entre la acción de un sujeto que lesiona a otro (constelación típica del suceso del injusto) y la autolesión, en la que todo lo que acontece permanece en la esfera de quien se autolesiona<sup>20</sup>. En este sentido, la suposición de esta "diferencia jurídica fundamental" deriva para **Zaczyk** de reflexiones materiales desligadas del Derecho positivo, con base en el concepto de libertad de **Kant**<sup>21</sup>. Pero en contra de una separación tan radical-fundamental de auto- y heterolesión habla ya el hecho de que múltiples ordenamientos jurídicos en materia de la intervención en un suicidio ajeno precisamente no establecen la frontera de la punibilidad de modo equivalente al del ordenamiento alemán, de modo que no respetarían, desde la perspectiva de **Zaczyk**, la diferencia jurídica fundamental entre auto- y heterolesión, al incriminar conductas de mera participación en una autolesión<sup>22</sup>. No corresponde realizar aquí un análisis ex-

---

<sup>20</sup> **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, p. 17.

<sup>21</sup> *Selbstverantwortung*, pp. 18 y ss., 22 y ss.

<sup>22</sup> Cfr. la referencia de **W. Frisch** (hecha en el contexto específico de la determinación del grado de responsabilidad de la víctima, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 175 nota 83): difícilmente se puede partir de que estos ordenamientos jurídicos están vinculados a decisiones jurídicas fundamentales distintas de la del ordenamiento alemán.

haustivo de la concepción de **Zaczyk**<sup>23</sup>. Sin embargo, ya puede decirse que su propuesta de diferenciar auto- y heteropuesta en peligro deriva del concepto de autoresponsabilidad del que parte, que es un concepto altamente subjetivo-individual. En este sentido, debe anticiparse que es dudoso que en el sistema de imputación sea necesario establecer una vinculación tan estrecha con la libertad concreto-subjetiva de quien resulta lesionado. La imputación -y la atribución de un determinado ámbito de responsabilidad- también está en relación con autorepresentación imputable de la víctima como sujeto responsable, comportándose en ese sentido como sujeto libre<sup>24</sup>. De hecho, **Zaczyk** concibe el principio de la "autoresponsabilidad" como correlativo a la autodeterminación; la autoresponsabilidad es la "capacidad del ser humano de autodeterminarse racionalmente"; ello implica su libertad. Pero si la "autodeterminación" se entiende como albedrío del individuo (que ha de ser racional), esta concepción no abarca toda la magnitud que debe corresponder jurídico-penalmente al significado del sujeto lesionado. Pues no sólo el autodesarrollo voluntario del sujeto, como se ejerce en el caso del consentimiento, es relevante para el Derecho penal: también la atribución de un determinado ámbito para la autoadministración, de un ámbito de competencia, lo que sólo de

---

<sup>23</sup> En todo caso, se puede señalar ya que el trabajo de **Zaczyk** desde la perspectiva aquí adoptada- ha subrayado algunos elementos decisivos para el objeto del presente estudio; cfr. *infra* § 8 II. A.

<sup>24</sup> Cfr. *infra* §§ 8, 9 I.

modo mediato está relacionado con la autodeterminación, pertenece a este ámbito<sup>25</sup>.

Más allá de esto, es evidente que aún desde la perspectiva teórica adoptada por **Zaczyk** pueden identificarse supuestos de uso "no racional" de la autonomía -por ejemplo, por carecer el sujeto de capacidad de responsabilidad-. En estos casos parece claro que no puede haber objeción de principio al entendimiento que cualquier intervención de tercero en una autolesión pueda ser constitutiva de injusto<sup>26</sup>.

Por lo tanto, la diferenciación contenida en el § 216 StGB no debe ser trasladada sin más a todo el ámbito de los comportamientos conjuntos peligrosos. La diferenciación entre la participación en una autolesión y la heterolesión (la diferenciación en el "plano de la comisión") no es de índole jurídico-fundamental y obtiene su relevancia en Alemania sólo por una decisión un tanto incoherente del legislador alemán.

---

<sup>25</sup> Cfr. sobre la discusión acerca de la autoresponsabilidad y la postura de **Zaczyk** *infra* § 8 II. A.

<sup>26</sup> Desde una perspectiva teórica muy similar a la de **Zaczyk** así **Köhler**, ZStW 104 (1992), pp. 24 y s.

**B. Límites de las normas especiales: la intervención en un suicidio ajeno como regulación específica**

Desde el punto de vista aquí adoptado, las argumentaciones antes referidas no resultan convincentes. Si bien es cierto que las conductas de puesta en peligro pueden afectar al mismo bien jurídico, la vida, de la víctima, lo cierto es que muestran diferencias esenciales frente a las situaciones de suicidio. En efecto, es habitual señalar, desde el punto de vista subjetivo, que en las situaciones de puesta en peligro "...conforme a los elementos que integran el concepto de suicidio, es evidente que no estamos ante una 'muerte voluntaria'. El que acepta la acción peligrosa no tiene 'voluntad de morir'".<sup>27</sup> Pero esta diferencia no se agota en las respectivas perspectivas subjetivas de quien quiere suicidarse y quien le auxilia, sino que responde a una diferente cualidad objetiva de las conductas en cuestión. Dicho de modo sintético, en el ámbito del suicidio se trata de una disposición sobre el bien jurídico vida, mientras que en el contexto de las puestas en peligro el significado de la conducta -ya en términos objetivos, con independencia de que los intervinientes se representen la posibilidad de que se produzca la muerte- es muy distinto: en este sentido, el suceso "viene determinado por la incertidumbre de los acon-

---

<sup>27</sup> **Juanatey Dorado**, *Derecho, suicidio y eutanasia*, p. 205, con ulteriores referencias.



tecimientos"<sup>28</sup>, lo que le priva del significado de constituir una lesión del bien. Lo dicho queda expresado con toda claridad en la siguiente argumentación de **Mir Puig** en relación con los límites del consentimiento:

"En cualquier caso, la ineficacia eximente del consentimiento en la conducta voluntaria de matar no implica lógicamente que deba ser igualmente ineficaz el consentimiento en la conducta que pone en peligro imprudentemente la vida. Es éste un comportamiento socialmente mucho más tolerable que el primero. Toda la vida social está impregnada de actividades peligrosas que se estiman lícitas por la ampliación que suponen de la esfera de posibilidades del individuo en orden a configurar su vida. No se trata aquí de que pueda estimarse positivo que el hombre renuncie a su vida, porque no es eso lo que se piensa cuando se valora positivamente el riesgo, sino que dicho riesgo abre **posibilidades de vida**. Ante la incerteza de la muerte, puede apostarse por su no producción. La situación es distinta ante una acción voluntaria de matar [...] El planteamiento expuesto conduce, pues, a considerar que para una sociedad basada en la libertad resulte positivo y obligado incluso constitucionalmente no obstaculizar la posibilidad de elegir libremente poner en peligro la propia vida, aunque sea exponiéndose a una conducta imprudente de otra persona..."<sup>29</sup>

La existencia de normas que incriminan la conducta de quien interviene en un suicidio ajeno, por tanto, marca los lími-

---

<sup>28</sup> **Zazcyk**, *Selbstverantwortung*, p. 51.

<sup>29</sup> **Mir Puig**, ADPCP 1991, pp. 266 y s., sin subrayado en el original.

tes del análisis a llevar a cabo en el presente estudio.  
Pero no puede condicionar su desarrollo.

### § 3 La normativización de la teoría del tipo objetivo

-----

#### I. Planteamiento

-----

1. Una de las características más destacadas de la evolución de la discusión dogmática de las últimas décadas puede verse en una tendencia hacia la normativización de distintos elementos de la teoría del delito, en un proceso en el que los elementos de la construcción dogmática se configuran de acuerdo con la función que deben cumplir<sup>30</sup>. En particular, respecto de los delitos de resultado, se sostiene que para la construcción dogmática debe ser evidente que la causación evitable de una lesión no puede bastar, ya en un plano objetivo, para dar lugar a una desvaloración jurídico-penal de la conducta en cuestión. En este sentido, ya dentro de la teoría del tipo objetivo "no todo es asunto de todos"<sup>31</sup>, o, dicho de otro modo, "no todo causante del hecho realiza el tipo. Y ello no se debe a razones que dependan del dolo del sujeto, sino al significado **objetivo** del verbo típico... Para 'matar' es preciso no sólo causar la muerte, sino que esa muerte pueda **imputarse objetivamente** al sujeto como a su

---

<sup>30</sup> Cfr. sólo **Silva Sánchez**, *Aproximación*, pp. 62 y ss., 67 y ss., llegando a sostener este autor que dentro del "sincretismo metodológico generalizado" que advierte en el pensamiento penal de la actualidad, "...si puede hablarse de una constante... ésta aparece constituida, sin duda, por la referencia teleológica y la consiguiente tendencia a una mayor o menor normativización de los conceptos jurídico-penales" (pp. 63 y s.).

<sup>31</sup> **Jakobs**, ZStW 89 (1977), p. 30; **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 152 y s.

autor, es decir, como hecho suyo, como 'perteneciente' a él"<sup>32</sup>. Esta convicción se ha plasmado, en el marco de la teoría del tipo, sobre todo en la teoría de la "imputación objetiva", según la cual sólo "puede resultar objetivamente un resultado... si la acción ha creado una puesta en peligro jurídicamente prohibida del objeto de acción protegido y el peligro se ha realizado en el resultado típico"<sup>33</sup>. La teoría de la imputación objetiva se configura, para muchos, como un elemento nuclear de una concepción funcional de la teoría del delito<sup>34</sup>. Esta teoría ha producido un debate extraordinariamente intenso, hasta el punto que puede decirse -al menos en lo que se refiere a la extensión de la discusión dogmática que ha provocado- que ha "revolucionado la categoría de la tipicidad"<sup>35</sup> o que implica una "reformulación de la tipicidad"<sup>36</sup>. Sin embargo, este debate dista aún mucho de condensarse en posiciones dogmáticas que hayan logrado cierto grado de consenso. Por el contrario, en la discusión ac-

---

<sup>32</sup> Así **Mir Puig**, Adiciones a **Jescheck**, PG, pp. 914 y s. (subrayado en el original), desde la perspectiva de la autoría.

<sup>33</sup> En la formulación de **Jescheck/Weigend**, AT<sup>6</sup>, § 28 IV., sin subrayado en el original.

<sup>34</sup> Cfr. sólo, desde distintas perspectivas, **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 7/24 y s.; **Eser/Burkhardt**, StudK I, 4 A 4 56; **Martínez Escamilla**, La imputación objetiva del resultado, pp. 30 y ss.; **Wolter**, en: **Gimbernat/Schünemann/Wolter** (ed.), Internationale Dogmatik, p. 24; **Jakobs**, ZStW 107 (1995), p. 860.

<sup>35</sup> **Martínez Escamilla**, en: **Gimbernat/Schünemann/Wolter**, Omisión e imputación objetiva, p. 113.

<sup>36</sup> **Suárez González/Cancio Meliá**, en: **Jakobs**, La imputación objetiva, p. 21.

tual cabe encontrar desde voces que niegan a la teoría de la imputación objetiva relevancia en cuanto teoría de la Parte General<sup>37</sup> hasta autores que sostienen que debe extender su influencia más allá de la teoría del tipo objetivo<sup>38</sup>. En este sentido, puede decirse que el único elemento acerca del cual están de acuerdo tanto defensores -sector que a menudo concibe la imputación objetiva con importantes diferencias en sus respectivas concepciones, como se verá- como detractores de la teoría de la imputación objetiva es en que su desarrollo aún no ha alcanzado una formulación dogmática clara y más o menos definitiva<sup>39</sup>. Lo cierto es que la discusión en este ámbito adolece de un acusado nominalismo, en el

---

<sup>37</sup> Cfr. de momento (vid. infra § 3 II. C.) sólo **Armin Kaufmann**, FS Jescheck I, pp. 251 y ss., 271.

<sup>38</sup> Cfr. sólo **Wolter**, en: **Gimbernat/Schünemann/Wolter** (ed.), *Internationale Dogmatik*, pp. 3 y ss., sobre todo pp. 21 y ss., con una posición especialmente amplia.

<sup>39</sup> Así, por ejemplo, se ha hecho referencia a la teoría de la imputación objetiva como un "fantasma" que vaga por los tipos (**Gimbernat Ordeig**, "¿Qué es la imputación objetiva?", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*<sup>3</sup>, p. 213), se dice que "...no puede exponerse de un modo unitario porque, en razón de su juventud, es abordada de múltiples formas por distintos autores" (**Bajo Fernández**, *PE I*<sup>2</sup>, p. 17), se ha afirmado que ésta tiene el efecto de un "remolino que atrae violentamente y ahoga en sí todo el tipo objetivo" (**Struensee**, GA 1987. p. 97), se ha calificado a esta doctrina como "supercategoría dogmática heterogénea de 'cuestiones del tipo sin resolver'" (**W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 8), se ha aludido a la "confusión" que reina en este ámbito (**Larrauri Pijoan**, ADPCP 1988, p. 175), a que recurre a "confusos y cuestionables criterios interpretativos" (**Serrano González de Murillo**, *Teoría del delito imprudente*, p. 91), se la ha calificado como "conglomerado" inco-nexo (**Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, p. xxiv), se le ha reprochado que utiliza "conceptos gaseosos" (**Velásques Velásques**, PG, p. 339) o que no es más que una "fórmula mágica" (**Maiwald**, FS Miyazawa, p. 467), se ha dicho, en fin, que "...los institutos de la imputación objetiva son todavía muy inseguros y... la manera en que son utilizados en la argumentación suele ser engañosa" (**Sancinetti**, *Subjetivismo e imputación objetiva*, p. 82).

que con frecuencia parece que la discusión dogmática está más fijada en el establecimiento de determinadas denominaciones que en la averiguación de contenidos.

2. La teoría de la imputación objetiva es el marco sistemático en el que un número creciente de autores -si bien desde perspectivas materiales distintas- quiere ubicar el problema de la intervención de la víctima<sup>40</sup>. También desde la perspectiva aquí defendida, como se verá<sup>41</sup>, la teoría de la imputación objetiva es el contexto sistemático adecuado para el tratamiento de la cuestión. Por ello, parece necesario -y ello constituye un presupuesto del desarrollo posterior- realizar algunas reflexiones acerca de cuáles son las características de la teoría de la imputación objetiva: de lo contrario, se corre el riesgo de incluir el problema con-

---

<sup>40</sup> En esta línea están, especialmente, las aproximaciones de **Roxin**, con su doctrina de "autopuesta" y "heteropuesta en peligro" (cfr. sólo **Roxin**, FS Gallas, pp. 245 y ss.; *idem*, AT I<sup>2</sup>, 11/86 y ss.; vid. sobre la posición de **Roxin** *infra* § 6 I.); **Otto**, para quien se trata de un problema de "interrupción del nexo de imputación" (cfr. sólo **Otto**, JuS 1984, p. 540; *idem*, FS Tröndle, pp. 169 y ss.; *idem*, AT<sup>\*</sup>, p. 63); **Jakobs**, quien sostiene -al menos respecto de algunos casos- que el hecho de que la víctima "actúe a su propio riesgo" excluye la imputación objetiva (cfr. sólo **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/129 y s.; vid. también *idem*, *La imputación objetiva*, pp. 109 y ss.) o **W. Frisch**, para quien se trata, con un punto de vista algo divergente del de los autores acabados de citar, de una cuestión de la tipicidad del comportamiento del autor (cfr. sólo **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 148 y ss.) Respecto de la jurisprudencia del TS y del BGH, cfr. las referencias recogidas *infra* § 4 I. B. 1. e) y § 6 I. C.

<sup>41</sup> Cfr. sobre todo *infra* § 9 I. B.

creto en esta teoría a modo de mera "rúbrica"<sup>42</sup>. Pues lo cierto es que a pesar de que la teoría de la imputación objetiva aún está en desarrollo<sup>43</sup>, y, como se ha dicho antes, existen significativas divergencias en cuanto a su ámbito y contenido, cabe constatar que con cierta frecuencia se "importa" la teoría de la imputación objetiva a los más variados problemas de la Parte General o de la Parte Especial sin llevar a cabo una mínima reflexión de fondo acerca de la teoría base que se invoca como panacea para resolver tal o cual problema. Para evitar la falta de definición que ello comportaría, por lo tanto, se intentarán desarrollar algunas reflexiones acerca del contexto sistemático y significado material de la teoría de la imputación objetiva. Como es lógico, sin embargo, teniendo en cuenta la finalidad específica de estas consideraciones, no se trata aquí, desde luego, de llevar a cabo un análisis pormenorizado de esta teoría. Tan sólo se intentará clarificar cuáles son las bases de la teoría de la imputación objetiva en cuanto contexto en el que debe ubicarse el desarrollo sectorial para el problema de la intervención de la víctima que se propondrá en el presente estudio.

---

<sup>42</sup> Así, especialmente, **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, p. 50.

<sup>43</sup> Como ha señalado *S/S<sup>24</sup>-Lenckner*, n.m. 91 previo al § 13; en sentido similar, por ejemplo, **Lackner**, *StGB*<sup>20</sup>, n.m. 14 previo al § 13; **Roxin** (*AT I*<sup>2</sup>, 11/38): "muchas de las conclusiones a las que llega... aún no son seguras" o **Jescheck/Weigend** (*AT*<sup>6</sup>, § 28 IV.): la construcción de la teoría "aún no está concluida".

3. En la actual discusión acerca de los contenidos de la teoría del tipo objetivo que aquí interesan, cabe observar, en primer lugar, que en el marco de ciertas posturas, la denominación "imputación objetiva" es utilizada de modo exclusivo para los problemas que plantea la atribución de un determinado resultado lesivo a una conducta que realiza el tipo<sup>44</sup>. Otros, en cambio, hacen uso de ese término tanto para la constatación del carácter típico de la conducta como para la cuestión antes mencionada de la atribución del resultado lesivo a la conducta<sup>45</sup>. En el texto que sigue, se adoptará la terminología a la que se ha aludido en segundo lugar, probablemente mayoritaria. En todo caso, lo cierto es que se trata per se de una cuestión de carácter meramente terminológico<sup>46</sup>.

Por el contrario -más allá de esta diferenciación terminológica-, desde el punto de vista aquí defendido cabe distinguir dos aproximaciones básicas, o, mejor dicho -ya que éstas están presentes, en mayor o menor medida, en muchas con-

---

<sup>44</sup> Cfr., desde distintas perspectivas, sólo **Luzón Peña**, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>, p. 89, nota 8; *idem*, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: *idem*, op. cit., pp. 108 y s.; **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 7 y s., 63 y s.; **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, pp. 34 y s., 434 y ss. y *passim*.

<sup>45</sup> Cfr. sólo **Roxin**, *AT I*<sup>2</sup>, 11/36 y ss.; **Jakobs**, *AT*<sup>2</sup>, 7/4 y ss.; **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 44 y ss. y *passim*.

<sup>46</sup> Como dice **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 41 y ss., 43, 47



cepciones, es decir, no se presentan de modo "puro"-, dos perspectivas básicas acerca de la cuestión: la vinculación de la teoría de la imputación objetiva a ciertos problemas que presenta el nexo entre acción y resultado en los delitos de resultado, por un lado, y, por otro, la discusión de determinadas características no escritas de la conducta típica<sup>47</sup>. Para la exposición que sigue, se presentarán en primer lugar de modo muy sintético aquellas aproximaciones que más bien se centran en la primera de las perspectivas (*infra* II. A.). En segundo lugar, se hará una exposición -algo más pormenorizada- de otras aportaciones -que cabe calificar de minoritarias- que más bien toman como punto de referencia la segunda de las perspectivas aludidas (*infra* II. B.). Como se verá, se ha dicho "más bien" en la frase anterior porque ambas perspectivas, en realidad, conviven en muchas de las concepciones a las que se hará referencia. A continuación, también parece necesaria una breve consideración de algunas posturas que cuestionan de modo global la teoría de la imputación objetiva, posturas que, como se verá, desde la perspectiva aquí adoptada no pueden compartirse (*infra* II. C.). Finalmente, se intentará precisar el contenido de las dos perspectivas básicas a las que antes se ha aludido con ayuda del análisis de dos antecedentes histórico-dogmáticos de la discusión actual y esbozar las bases que la teoría de la

---

<sup>47</sup> Cfr. en este sentido, **Suárez González/Cancio Meliá**, en: **Jakobs**, *La imputación objetiva*, pp. 28 y ss., 49 y s., 50 y ss.

imputación objetiva debe aportar al presente estudio (*infra* II. D.).

## II. Imputación objetiva y comportamiento típico

-----

### A. Imputación objetiva y principio del riesgo

**Roxin**, quien sin duda es el máximo representante de una perspectiva de la imputación objetiva vinculada al "principio del riesgo"<sup>48</sup>, sintetiza el estadio de evolución de esta teoría -y el contenido de ese principio- del siguiente modo: "Un resultado causado por el sujeto que actúa sólo debe ser imputado al causante como su obra y sólo cumple el tipo objetivo cuando el comportamiento del autor haya creado un riesgo no permitido para el objeto de acción (1), cuando el riesgo se haya realizado en el resultado concreto (2) y cuando el resultado se encuentre dentro del alcance del tipo (3)"<sup>49</sup>. Cabe estimar que ésta es también la perspectiva que adopta la doctrina actualmente mayoritaria tanto en Alemania<sup>50</sup> como en España<sup>51</sup>: en efecto, la teoría de la imputa-

---

<sup>48</sup> Cuyo desarrollo se atribuye, con razón, el propio **Roxin**, *Chengchi Law Review* 50 (1994), p. 234; cfr. también **Torío López**, ADPCP 1986, pp. 33 y ss.; **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, p. 77; **Wolter**, en: **Gimbernat/Schünemann/Wolter** (ed.), *Internationale Dogmatik*, pp. 5 y ss.

<sup>49</sup> **Roxin**, *Chengchi Law Review* 59 (1994), pp. 221 y s.; cfr. también **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, p. 40.

<sup>50</sup> Sobre la evolución de la doctrina en lengua alemana en la materia cfr. sólo las consideraciones de **Roxin**, *AT*<sup>2</sup>, 11/36 y ss., 11/41a y s. Vid. también las reflexiones histórico-dogmáticas aquí expuestas *infra* § 3 II. D. 1.

<sup>51</sup> Sobre la evolución de la teoría de la imputación objetiva en la doctrina española, cfr. sólo la información contenida en **Luzón Peña**, "Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto", en: *Derecho penal de la Circulación*<sup>2</sup>, pp. 36 y s., 41 y s.

ción objetiva se conecta habitualmente a la cuestión de la atribución de un resultado a la conducta del autor<sup>52</sup>. En lo que sigue, se intentará trazar una panorámica básica de los distintos elementos que han sido utilizados para alcanzar la definición antes reproducida.

Uno de los primeros ámbitos de aplicación de la teoría de la imputación objetiva lo constituyen los así llamados "comportamientos alternativos ajustados a derecho", referidos a supuestos en los que el resultado se hubiera producido igualmente aún de haber adoptado el autor un comportamiento conforme a deber. Gimbernat Ordeig propuso para la solución

---

<sup>52</sup> Cfr. sólo Roxin, AT I<sup>2</sup>, 11/1: "La imputación al tipo objetivo tan sólo constituye un problema de la Parte General en aquellos casos en los que el tipo exige un resultado en el mundo exterior separado en espacio y tiempo del acto del autor"; en ese mismo sentido también S/S<sup>24</sup>-Lenckner, n.m. 72 previo a los §§ 13 y ss.; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 48 y s., 76 y s. y *passim*; Torío López, ADPCP 1986, pp. 33 y ss.; en la doctrina italiana cfr. Castaldo, *L'imputazione oggettiva*, *passim*.

Entre las primeras contribuciones a este desarrollo cabe destacar los trabajos de Gimbernat Ordeig y Roxin. Respecto de Gimbernat Ordeig, puede afirmarse que las aportaciones de este autor, dicho en palabras de Mir Puig (Adiciones a Jescheck, PG, p. 394), se produjeron "muy tempranamente y abriendo caminos originales" (vid. también, en ese mismo sentido, Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 37 y s.).

Cfr. Gimbernat Ordeig, *Problematik der inadäquaten Handlungen*, pp. 133 y ss. y *passim*; *idem*, ADPCP 1962, pp. 543 y ss.; *idem*, RDCir 1965, pp. 593 y ss., 673 y ss.; *idem*, *Delitos cualificados*, *passim*. Gimbernat Ordeig en lugar de la expresión "imputación objetiva" utilizó inicialmente la denominación "reprochabilidad objetiva", término que coincide, sin embargo, en lo material con los criterios de la teoría de la imputación objetiva (en este sentido Luzón Peña, "Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto", en: *Derecho penal de la Circulación*, p. 37; cfr. la crítica de Antón Oneca [ADPCP 1969, pp. 195 y s.] a esa terminología, que en su opinión podía llevar a confusiones con la culpabilidad). Entre las aportaciones de Roxin, cfr. ZStW 74 (1962), pp. 411 y ss.; sobre todo, *idem*, FS Honig, pp. 133 y ss.; *idem*, FS Gallas, pp. 241 y ss.; vid. también a continuación en el texto.

de estos supuestos la utilización del criterio del "fin de protección de la norma", que ya desde un principio entendía aplicable a los delitos dolosos<sup>53</sup>. De acuerdo con el mismo, si el resultado producido por el comportamiento negligente no es uno de los que se querían evitar con el establecimiento del deber derivado de la norma de cuidado, el autor estará exento de responsabilidad. **Roxin**, por el contrario, elaboró para estos supuestos la doctrina del "incremento del riesgo"<sup>54</sup>, limitada, en un principio, a los delitos imprudentes.

Más allá de estas constelaciones de casos, se propuso utilizar como criterio general de imputación, en el ámbito del delito imprudente, el criterio del fin de protección de la norma antes mencionado. Este operaría en sustitución de la idea de previsibilidad objetiva<sup>55</sup>. Su aplicación pretendía

---

<sup>53</sup> RDCir 1965, pp. 593 y ss., 673 y ss., 682; *idem*, *Delitos cualificados*, pp. 135 y ss.; en la doctrina española más moderna, cfr. sólo **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 259 y ss.; *eadem*, "¿Relevancia en los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado?", en: **Gimbernat/Schünemann/Wolter** (ed.), *Omisión e imputación objetiva*, pp. 103 y ss.

<sup>54</sup> ZStW 74 (1962), pp. 411 y ss.; *idem*, FS Honig, pp. 133 y ss., 138 y ss.; *idem*, AT I<sup>2</sup>, 11/72 y ss.; cfr. también **Maurach/Gössel/Zipf**, AT 2<sup>7</sup>, 43/105 y ss.; **Stratenwerth**, AT I<sup>3</sup>, n.m. 225; **Schünemann**, JA 1975, pp. 582 y ss., 647 y ss.. Desde una perspectiva crítica, cfr. sólo **Cerezo Mir**, PG I<sup>1</sup>, pp. 437 y ss.; **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 214 y ss., 219 y ss.

<sup>55</sup> Cfr. sólo **Rudolphi**, JuS 1969, pp. 549 y ss., pp. 550, con referencias en notas 7 a 11; cfr. sobre los orígenes jurídico-civiles de esta idea **Toepel**, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, pp. 141 y ss.; **Rudolphi**, JuS 1969, p. 550 con nota 7; **Gimbernat Ordeig**, sin (continúa...)

evitar las dificultades que presenta el juicio de previsibilidad, y permitir determinar de modo más correcto si concurre la necesaria relación de antijuridicidad entre la lesión del deber de cuidado y el resultado lesivo<sup>56</sup>.

Estas primeras aproximaciones cristalizaron en una construcción de conjunto, llevada a cabo sobre todo por **Roxin** y consistente en la elaboración de una serie de criterios normativos ubicados en un mismo marco sistemático. El denominador común de estos criterios está, desde esta perspectiva, en el "principio del riesgo" antes mencionado, de acuerdo con el cual, partiendo del resultado, la cuestión estriba en determinar si la conducta del autor creó o no un riesgo jurídicamente relevante de lesión típica de un bien jurídico en relación con dicho resultado<sup>57</sup>. Sobre esta base, **Roxin** pro-

---

<sup>55</sup>(. .continúa)

embargo, señala que su aplicación a este contexto deriva de la generalización de un criterio establecido por v. Kries para determinar la relación típica en los delitos cualificados por el resultado (*Delitos cualificados*, pp. 167 y ss.)

<sup>56</sup> **Rudolphi** aplica el criterio, en concreto, a los supuestos de daños consecuenciales, cursos de salvamento, favorecimientos de autopuestas en peligro y puestas en peligro de un tercero con su consentimiento (*JuS* 1969, pp. 552 y ss.). Sobre la idea de previsibilidad en relación con la intervención de la víctima, cfr. *infra* § 4 II. A.

<sup>57</sup> **Roxin**, *FS Honig*, pp. 135 y s., donde señala, además, que es necesario vincular a este "principio del riesgo" el criterio de que una determinada meta pueda ser imaginada objetivamente como perseguida finalmente formulado por **Honig** (cfr. sobre esto *infra* § 3 II. D. 1 a). Por otra parte, partiendo de que lo determinante en el juicio de imputación objetiva es conocer si el comportamiento conlleva un riesgo jurídicamente relevante de lesión de un bien jurídico, se ha señalado la estrecha vinculación existente entre las teorías de la adecuación y de la relevancia y la de imputación objetiva. Cfr. en este sentido, sólo **Jescheck**, *AT*<sup>2</sup>, pp. 213 y s.; **Rodríguez Mourullo**, *PG*, p. 299; **Bacigalupo**, (continúa...)

puso como parámetros concretos para determinar el juicio de imputación objetiva del resultado los siguientes: a) la disminución del riesgo; b) la creación o no creación de un riesgo jurídicamente relevante; c) el incremento o falta de aumento del riesgo permitido y d) la esfera de protección de la norma<sup>58</sup>. La idea de la disminución del riesgo la formuló en el sentido de que "lo que reduce la probabilidad de una lesión no se puede concebir como dispuesto finalmente respecto del menoscabo de la integridad corporal" y, en consecuencia no puede ser imputado<sup>59</sup>. En el ámbito de la creación o falta de creación de un riesgo jurídicamente relevante, **Roxin** incluyó, por un lado, supuestos de irrelevancia del riesgo, y, por otro, diversas constelaciones agrupadas en torno de las llamadas "desviaciones del curso causal"<sup>60</sup>. El incremento del riesgo lo siguió reservando para la problemática de los comportamientos alternativos ajustados a Derecho, conforme a los criterios por él desarrollados ya con

---

<sup>57</sup>(. .continución)

PG<sup>3</sup>, p. 120 y s.; **Luzón Peña**, "Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto", en: *idem*, *Derecho Penal de la Circulación*<sup>2</sup>, p. 39; **Torío López**, ADPCP 1986, p. 38; **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 17 y s. con nota 48; **Larrauri Pijoan**, ADPCP 1988, pp. 729, 731; *eadem*, EPCr XII (1989), p. 228; vid. sobre esta relación -tan sólo parcial- infra § 3 II. D. 2. Por lo demás, respecto de la discusión actual, cfr., por todos, el exhaustivo estudio realizado por **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 79 y ss., y el análisis crítico de **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/30 y ss., 7/33 y s.

<sup>58</sup> **Roxin**, FS Honig, pp. 136 y ss.

<sup>59</sup> FS Honig, p. 136.

<sup>60</sup> FS Honig, pp. 136 y ss.

anterioridad; por último, recurrió al fin de protección de la norma, como criterio destinado, básicamente, a abarcar casos de favorecimiento de autopuestas en peligro, puestas en peligro de un tercero con su consentimiento, daños sobrevenidos posteriormente, y casos en los que se produce un segundo daño<sup>61</sup>.

En este contexto, la expresión "fin de protección de la norma" estaba siendo utilizada con dos distintas acepciones<sup>62</sup>. Por una parte, el criterio venía siendo referido al alcance que tenía "la norma objetiva de cuidado" de los delitos imprudentes -sentido original en el que lo emplearon, por ejemplo, Gimbernat Ordeig y Rudolphi ; por otra, el fin de protección de la norma hacía referencia al alcance de la norma de la correspondiente figura delictiva. Al comienzo, Roxin lo utilizó en ambos sentidos de forma indistinta. Más

---

<sup>61</sup> Si bien ya se formula en FS Honig, pp. 140 y ss., su aplicación a las constelaciones de casos mencionadas se desarrolla sobre todo en su contribución en FS Gallas, pp. 241 y ss.; cfr. sobre la construcción de Roxin en relación con la intervención de la víctima *infra* § 6 I. A.

<sup>62</sup> Cfr. ya Wolter, *Zurechnung*, pp. 341 y ss.; posteriormente también el propio Roxin, cfr., por ejemplo, AT I<sup>2</sup>, 11/71, nota 103. Está claro que puede hablarse desde el principio en Roxin de una utilización "residual" del criterio (como señala Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, p. 37) Torío López propone, por su parte, reservar la expresión "fin de protección de la norma" para los supuestos en los que el resultado "no se considera objetiva, general o humanamente previsible", mientras que bajo el criterio del "ámbito de protección de la norma" engloba los supuestos abarcados por el riesgo permitido (cfr. EPCr X [1987], pp. 396 y ss.). Por lo demás, respecto de la insegura utilización de este criterio, o incluso de esta denominación, cfr. sólo Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 265 y ss., para quien existe en este ámbito un verdadero "imperio del caos" (op. cit., p. 265)



recientemente, sin embargo, para evitar confusiones, recurre a la expresión "alcance del tipo" cuando utiliza el criterio en su segunda acepción<sup>63</sup>; en este sentido, en el marco del "alcance del tipo", a pesar de concurrir la realización de un riesgo no permitido, la "...imputación aún puede fracasar porque el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica... no abarca resultados de las características que muestra el [resultado] que se ha producido, porque el tipo no está destinado a evitar tales sucesos."<sup>64</sup>.

Estos criterios propuestos sobre todo por **Roxin** -menos el escalón del "alcance del tipo"- pronto cristalizaron en la fórmula dominante citada al principio de este apartado, según la cual para que un resultado sea objetivamente imputable a un comportamiento causal en relación con dicho resultado, es necesario que el comportamiento incorpore un riesgo

---

<sup>63</sup> Cfr. **Roxin**, AT I<sup>1</sup>, 11/68 y ss., 11/85 y ss. La diferenciación se produjo de forma clara ya en la contribución de **Roxin** en FS Gallas, pp. 242 y ss., mientras que en FS Honig el criterio del fin de protección de la norma era utilizado aún de manera indiferenciada (pp. 140 y ss.). Más recientemente, **Roxin** ha señalado que el criterio de la "pertenencia del resultado al ámbito de protección jurídico-penal" (alcance del tipo) y constituye un "segundo nivel de imputación objetiva" (respecto de los primeros dos escalones, creación y realización del riesgo), y afirma que las restricciones de la imputación que se operan sobre la base de este criterio se agrupan en determinadas constelaciones de casos (cfr. **Roxin**, CPC 1989, p. 761; *idem*, AT I<sup>2</sup>, 11/85), dos de las cuales precisamente se refieren a los supuestos de intervención de la víctima ("autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro"; vid. *infra* § 6); cfr. sobre esta cuestión sistemática desde la perspectiva del problema que aquí interesa *infra* § 9 I. B. 2. a).

<sup>64</sup> **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/85.

jurídicamente desaprobado que sea el que se realiza en el resultado<sup>65</sup>.

Sin embargo, en cierto modo puede decirse que con la asunción generalizada de esta fórmula es en donde termina ya el consenso de la doctrina acerca de la estructura de la imputación objetiva<sup>66</sup>. De modo particular, cabe constatar que existen diferencias más que significativas en lo que se refiere a la incorporación de la teoría de la imputación objetiva a las construcciones en el marco respectivo de los delitos imprudente y doloso y al delito de comisión por omisión<sup>67</sup>. En este sentido, puede decirse que la intención declarada de **Roxin**, proclamando que la imputación objetiva viene a sustituir otras construcciones desarrolladas para el delito imprudente<sup>68</sup>, y así a unificar el tipo objetivo de

---

<sup>65</sup> Ya en **Jescheck**, *AT*<sup>1</sup>, p. 213; cfr. además, por ejemplo, desde distintas perspectivas, **SK-Rudolphi**, n.m. 57 previo al § 1; **S/S<sup>24</sup>-Lenckner**, n.m. 91 y ss. previos a los §§ 13 y ss.; **Schmidhäuser**, *AT*<sup>2</sup>, 8/61 y ss.; **Mir Puig**, *PG*<sup>4</sup>, 10/47

<sup>66</sup> Cfr. en este sentido **W. Frisch**, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 58.

<sup>67</sup> Cfr. sólo la exposición en **Suárez González/Cancio Meliá**, en: **Jakobs**, *La imputación objetiva*, pp. 36 y ss.

<sup>68</sup> Cfr. **Roxin**, *Chengchi Law Review* 50 (1994), p. 229: "Los conceptos con los que la dogmática tradicional ha intentado aprehender la imprudencia -infracción del deber de cuidado, previsibilidad, cognoscibilidad- son superfluos y pueden ser despedidos".

delito imprudente y doloso<sup>69</sup>, aún no se ha asumido en la discusión doctrinal.

## B. Imputación objetiva y tipicidad objetiva

Frente a la construcción de la teoría de la imputación objetiva como teoría fundamentalmente ligada a determinación de la relación entre conducta y resultado, son cada vez más frecuentes las aportaciones que -aún compartiendo el punto de partida antes esbozado- adoptan, en realidad, una perspectiva desligada del "principio del riesgo". Desde esta perspectiva, algunos de los criterios delineados por la teoría de la imputación objetiva deben extenderse a ámbitos distintos de los delitos de resultado: "La teoría de la imputación objetiva **debe extender su alcance** más allá del problema del nexo que debe concurrir entre la conducta y el resultado en los delitos de resultado"<sup>70</sup>. Lo más importante de esta aproximación es -en lo que aquí interesa, como se

---

<sup>69</sup> Cfr. sólo Roxin, AT I<sup>2</sup>, 24/10 y ss., y, por otro lado y por ejemplo, las aproximaciones en S/S<sup>24</sup>-Cramer, § 15 n.m. 121; Jescheck/Weigend, AT<sup>6</sup>, § 54 I. 4. con nota 17; Wessels, AT<sup>26</sup>, n.m. 664: la imputación objetiva no sustituye los contenidos tradicionales del delito imprudente; vid. también Gimbernat Ordeig ("¿Qué es la imputación objetiva?", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*<sup>3</sup>, pp. 213 y s.), quien señala que en el delito imprudente la imputación objetiva no puede identificarse con la infracción del deber objetivo de cuidado, ya que la primera sería un elemento no escrito del tipo, mientras que la segunda sí lo es; por otro lado, Octavio de Toledo y Ubieta/Huerta Tocildo (PG<sup>2</sup>, pp. 614 y s.) sostienen que si falta la previsibilidad no "falta la imputación objetiva... sino la misma conducta típica de imprudencia".

<sup>70</sup> Mir Puig, PG<sup>4</sup>, 10/60, subrayado en el original.

verá- que esta perspectiva conduce a desligar estos criterios del curso lesivo fáctico -también en los delitos de resultado- y a vincularlos a otras consideraciones distintas de la atribución de ese curso lesivo. En última instancia, la teoría de la imputación objetiva va aproximándose a convertirse en una teoría general de la conducta típica, en la que la atribución del resultado ya no es la cuestión dominante. Como se acaba de decir, aparece con cierta frecuencia la afirmación de que la teoría de la imputación objetiva debe extenderse fuera del ámbito de la imputación de resultados<sup>71</sup>. En particular, han presentado construcciones de conjunto que llevan a la práctica de modo global este postulado **W. Frisch** con su teoría de la conducta típica y **Jakobs** con su desarrollo de la teoría de la imputación objetiva.

---

<sup>71</sup> Cfr., desde distintas perspectivas, por ejemplo, **Mir Puig**, *PG*<sup>4</sup>, 10/60, 10/62 y ss. -en particular, **Mir Puig** (Adiciones a **Jescheck**, *PG*, p. 915; *idem*, *PG*<sup>3</sup>, pp. 249 y s.; cfr. también **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, pp. 347 y s.) viene sosteniendo desde hace tiempo que la teoría de la autoría también es un fragmento de la imputación objetiva, dado que es al autor al que se le imputa objetivamente el hecho como obra suya (de todos modos, hay que señalar que la frase más explícita en este sentido ["La autoría se presenta, pues, desde este prisma, como parte de la teoría de la imputación objetiva" (*PG*<sup>3</sup>, p. 250) ha sido eliminada por **Mir Puig** en la cuarta edición de su *Parte General* (cfr. *PG*<sup>4</sup>, 10/60)]-; **Triffterer**, *AT*, pp. 138 y ss.; desde una perspectiva de base muy peculiar -asentada en la cibernética- cfr. también la aproximación de **Kratzsch**, *Verhaltenssteuerung*, pp. 358 y ss.; *idem*, *FS Oehler*, pp. 65 y ss., 69 y ss.; **Torío López**, *ADPCP* 1986, pp. 33 y ss., 45 y ss.; **Octavio de Toledo y Ubieto/Huerta Tocildo**, *PG*<sup>2</sup>, pp. 90 y s.; **Wolter**, en: **Gimbernat/Schünemann/Wolter** (ed.), *Internationale Dogmatik*, p. 3; **Lesch**, *ZStW* 105 (1993), pp. 271 y ss., especialmente 274 y ss., 281 y ss.; con especial amplitud en cuanto al alcance de la imputación objetiva, exhaustivamente **Reyes Alvarado**, *Imputación objetiva*, pp. 72 y ss., 78 y ss., 81 y s.

### 1. La teoría de la conducta típica de *W. Frisch*

El elemento nuclear de la concepción de la teoría del tipo de **Frisch** está en que el criterio que permite determinar si un comportamiento está o no permitido estriba en una ponderación de intereses. Se trata de ponderar entre la libertad de actuación y ciertos intereses de protección de bienes<sup>72</sup>. Esta ponderación debe realizarse, en su opinión, tanto en el tipo del delito imprudente como en el del doloso, lo que supone introducir en este segundo ámbito como requisito limitador la creación de un peligro, que sólo cuando supera la medida de lo tolerable resulta desaprobado<sup>73</sup>. Concretamente, para **Frisch** la averiguación ha de llevarse a cabo en un procedimiento en dos fases: en primer lugar, debe determinarse si la desaprobación de ciertas conductas generadoras de riesgo es un medio idóneo, necesario y adecuado para la conservación de determinados bienes. En segundo lugar, debe constatarse que para el mantenimiento de la norma resulte necesario y adecuado que frente a las creaciones de riesgo desaprobadas -conforme al primer paso- se reaccione precisamente mediante una pena<sup>74</sup>. Sobre la base de esta ponderación, la peligrosidad típicamente relevante de la acción es

---

<sup>72</sup> **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 72 y ss., 75 y ss.; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 71.

<sup>73</sup> Cfr. **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 36 y ss.; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 71 y s.

<sup>74</sup> Cfr., por ejemplo, **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 79 y s.

el concepto nuclear que da cuerpo al primer nivel sobre el que se proyecta la "imputación": el comportamiento típico. **Frisch** parte del mismo presupuesto del que parten aquellas aproximaciones vinculadas al principio del riesgo, esto es, de que para que un resultado sea objetivamente imputable es necesario que este sea concreción de un peligro objetivamente desaprobado, pero deja de considerar este requisito como un exclusivo presupuesto de la imputación de resultados y mediante su consideración de cualidad específica de la propia conducta lo eleva a la categoría de piedra angular de la conducta típica<sup>75</sup>. El peligro objetivamente desaprobado da paso a la peligrosidad típicamente relevante de la acción. Se pasa así de la teoría de la imputación objetiva de resultados a la teoría de la conducta típica<sup>76</sup>. En coherencia con esto, **Frisch** reserva la expresión "imputación objetiva" exclusivamente para la imputación del resultado en los delitos de resultado.

Para precisar el criterio central de la aptitud típicamente relevante de la conducta a producir el resultado típico, **Frisch** opera sobre la base de tres parámetros que, como él mismo reconoce, ya aparecen subrayados por el sector doctrinal vinculado al principio del riesgo. En primer lugar, existen riesgos idóneos para provocar en combinación con

---

<sup>75</sup> Cfr. W. **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 23 y ss., 33 y ss., 66.

<sup>76</sup> W. **Frisch**, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 102 y ss.

determinadas circunstancias la aparición de resultados típicos que quedan excluidos de la esfera de formas de conducta prohibidas por tratarse de riesgos generales de la vida y riesgos usuales de la vida social<sup>77</sup>. En segundo lugar, la concreción de los principios directivos de los ordenamientos primarios es un instrumento esencial para determinar concretamente los riesgos tolerados<sup>78</sup>.

La teoría de la conducta típica de **Frisch** supone una reducción de la teoría de la imputación objetiva de resultados a la imputación del resultado y, en consecuencia, a la exigencia de la realización de un peligro típicamente desaprobado. La realización del riesgo desaprobado como exigencia del tipo faltará cuando en el resultado se manifieste el riesgo residual consentido de determinadas acciones o ciertos riesgos secundarios no desaprobados<sup>79</sup>. Para **Frisch**, por tanto, no se trata de buscar una "fórmula de realización" que pondere la relevancia del riesgo desaprobado en atención al resultado verificado, sino de valorar "el propio curso verificado desde la perspectiva del riesgo"<sup>80</sup>. En el ámbito de la realización del riesgo, para **Frisch** no existe en realidad

---

<sup>77</sup> W. **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 59 y ss.; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 96.

<sup>78</sup> W. **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 101 y ss.

<sup>79</sup> W. **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 518 y ss.; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 54 y ss.

<sup>80</sup> Cfr. W. **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 526 y s.; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 109.

ningún problema normativo relativo a las exigencias de realización, ya que la cuestión sobre si el curso causal realizado forma parte de los cursos por los que la conducta se halla desaprobada es previo a la realización del peligro, pues afecta a la misma desaprobación de la conducta<sup>81</sup>. La realización del riesgo es, en consecuencia, un problema de prueba fáctica<sup>82</sup>. En coherencia con su planteamiento, por lo tanto, para **Frisch** carece de utilidad uno los elementos más empleados por la doctrina mayoritaria a la hora de enfrentarse a la solución de determinadas constelaciones de casos: el fin de protección de la norma<sup>83</sup>.

## 2. La teoría de la imputación objetiva de **Jakobs**

También la construcción dogmática que ha ido desarrollando **Jakobs** bajo la denominación de "imputación objetiva"<sup>84</sup> se

---

<sup>81</sup> **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 518 y ss., 529 y ss.; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 110 y ss.

<sup>82</sup> Cfr. **W. Frisch**, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 110 y ss.; "Esta categoría normativamente está poco menos que vacía de contenido: las claves orientadoras han de desvelarse en su conjunto en el ámbito de la conducta típica. Para la realización del peligro como presupuesto de la presencia de un resultado imputable no resta sino.. la comprobación fáctica." (op. cit., pp. 115 y s.).

<sup>83</sup> Cfr. **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 81 y ss.

<sup>84</sup> Las aportaciones de **Jakobs** en este ámbito dan comienzo sobre todo con su estudio sobre la prohibición de regreso (ZStW 89 [1977], pp. 1 y ss.); vid. sobre la aportación de **Jakobs** en este ámbito, detalladamente, **Suárez González/Cancio Meliá**, en: **Jakobs**, *La imputación objetiva*, pp. 50 y ss., 59 y ss. y **Peñaranda Ramos/Suárez González/Cancio Meliá**, en: **Jakobs**, *Estudios de Derecho penal*, IX.



aleja cada vez con mayor claridad de una exclusiva vinculación a las cuestiones relativas a la atribución de un resultado para convertirse en una teoría general de las "características objetivas generales de un comportamiento imputable"<sup>85</sup>. Los contenidos de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por este autor se encuentran estrechamente vinculados a la idea de que el sistema de la teoría del delito debe tomar como punto de referencia la esfera de administración autónoma que corresponde al ciudadano, a la persona<sup>86</sup>. En este sentido, la teoría de la imputación objetiva es para **Jakobs** un primer gran mecanismo de determinación de ámbitos de responsabilidad dentro de la teoría del delito, que permite constatar cuando una conducta tiene carácter (objetivamente) delictivo<sup>87</sup>. Mediante la teoría de la imputación objetiva, por tanto, en opinión de **Jakobs** se determi-

---

<sup>85</sup> **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/4, 7/4a.

<sup>86</sup> Sobre la perspectiva sistemática de **Jakobs** en su conjunto, cfr. sólo **Peñaranda Ramos/Suárez González/Cancio Meliá**, en: **Jakobs**, *Estudios de Derecho penal*, *passim*.

<sup>87</sup> "...es necesario fijar de modo objetivo qué es lo que significa un comportamiento, si significa una infracción de la norma o algo inocuo. Por lo tanto, ha de desarrollarse un patrón conforme al cual puede mostrarse el significado vinculante de cualquier comportamiento. Y si se quiere que este patrón cree orden, éste no puede asumir el caos de la masa de peculiaridades subjetivas, sino que ha de orientarse sobre la base de estándares, roles, estructuras objetivas. Dicho de otro modo, los autores y los demás intervinientes no se toman como individuos con intenciones y preferencias altamente diversas, sino como aquello que deben ser desde el punto de vista del Derecho: como personas. Es entre éstas donde se determina a quién le compete un curso lesivo: a un autor, a un tercero, o a la víctima..." (**Jakobs**, ZStW 107 [1995], p. 860.

na si concurre una expresión de sentido típica<sup>88</sup> que ha de entenderse en sentido general, en cuanto expresión de sentido del portador de un rol, como contradicción de la vigencia de la norma en cuestión<sup>89</sup>.

Concretamente, la teoría de la imputación objetiva se divide para **Jakobs** en dos niveles: por un lado, la calificación del comportamiento como típico (imputación objetiva del comportamiento), y, por otro, la constatación -en el ámbito de los delitos de resultado- de que el resultado producido queda explicado precisamente por el comportamiento objetivamente imputable (imputación objetiva del resultado). En el primer nivel de la imputación objetiva, la imputación de comportamientos, **Jakobs** propone cuatro instituciones dogmáticas a través de las cuales ha de vertebrarse el juicio de tipicidad: riesgo permitido, principio de confianza, actuación a

---

<sup>88</sup> Recuperando una terminología acuñada años atrás por **Welzel** en el marco de la teoría de la adecuación social; es éste uno de los ámbitos den el que **Jakobs** ha manifestado en ocasiones la pretensión de enlazar en su dogmática con la obra de su maestro **Welzel**, en este caso, rescatando la vertiente normativa expresada en un primer momento por **Welzel** para la dogmática del tipo mediante la teoría de la adecuación social (cfr., por ejemplo, **Jakobs**, *Handlungsbegriff*, p. 29, afirmando que **Welzel** realizó los "trabajos preparatorios" para la moderna teoría de la imputación objetiva con la idea de la adecuación social; vid. también **Jakobs**, *AT*<sup>2</sup>, 7/4b) Sobre la propuesta de **Welzel** desde la perspectiva de la teoría del tipo, cfr. *infra* § 3 II. D. 1. b) y sobre la interpretación de la teoría de **Welzel** desde la perspectiva del desarrollo del finalismo sólo **Cancio Meliá**, ADPCP 1993, pp. 704 y ss. con nota 35, 710 y s., 728 y s.; *idem*, GA 1995, pp. 178 y ss., 190 y s. con nota 78.

<sup>89</sup> Esta determinación (general-abstracta) del quebrantamiento de la norma se produce en el ámbito del tipo es provisional, pues en el pensamiento de **Jakobs** sólo la afirmación de culpabilidad (como juicio personal) hace que se pueda hablar verdaderamente de un ataque a la vigencia de la norma; cfr. sólo **Jakobs**, *Handlungsbegriff*, pp. 43 y s.

riesgo propio de la víctima y prohibición de regreso<sup>90</sup>. **Jakobs** configura el riesgo permitido partiendo de una definición claramente normativa del "riesgo", desligada de probabilidades estadísticas de lesión<sup>91</sup>. El riesgo permitido se define, entonces, como el estado normal de interacción, es decir, como el vigente *status quo* de libertades de actuación, desvinculado de la ponderación de intereses que dio lugar a su establecimiento, hasta el punto que en muchos casos se trata de un mecanismo de constitución de una determinada configuración social por aceptación histórica -de una ponderación omitida-, dicho en otros términos, se refiere más a la identidad de la sociedad que a procesos expresos de ponderación<sup>92</sup>. El principio de confianza determina cuándo existe, con ocasión del desarrollo una actividad generadora

---

<sup>90</sup> Cfr. **Jakobs**, ZStW 76 (1974) (suplemento), pp. 6 y ss.; *idem*, ZStW 89 (1977), pp. 1 y ss.; respecto de la intervención de la víctima, *idem*, "La organización de autolesión y heterolesión", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*, X., y las exposiciones de conjunto en *idem*, AT<sup>2</sup>, 7/4 y ss.; *idem*, *La imputación objetiva*, *passim*; *idem*, *La autoría mediata*, pp. 8 y ss. e *idem*, "La imputación objetiva", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*, *passim*; sobre la doctrina de **Jakobs**, cfr. sólo las exposiciones en **Suárez González/Cancio Meliá**, en: **Jakobs**, *La imputación objetiva*, pp. 69 y ss.; **Peñaranda Ramos/Suárez González/Cancio Meliá**, en: **Jakobs**, *Estudios de Derecho penal*, IX.

<sup>91</sup> Cfr. **Jakobs**, ZStW 76 (1974), suplemento, pp. 12 y ss., 14 y s.; *idem*, AT<sup>2</sup>, 7/35.

<sup>92</sup> Cfr. **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/36, especialmente notas 62 y 63; *idem*, *La imputación objetiva*, pp. 119 y ss.; en este sentido, el riesgo permitido aparece tan sólo como "descendiente" del estado de necesidad justificante (**Jakobs**, ZStW 89 [1977] p. 13); la "fundamentación del riesgo permitido está... **emparentada** con la ponderación de intereses" (**Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/35, sin subrayado en el original), pero no su funcionamiento en la imputación; la ponderación es solamente la consideración del legislador que antecede a la fijación del estándar descontextualizado (**Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/40), es decir, el "estado normal de interacción" al que se ha aludido en el texto (**Jakobs**, *La imputación objetiva*, p. 119).

de un cierto riesgo (permitido), la obligación de tener en cuenta los fallos de otros sujetos que también intervienen en dicha actividad (de modo que si no se procediera así, el riesgo dejaría de ser permitido), y cuándo se puede confiar lícitamente en la responsabilidad de esos otros sujetos<sup>93</sup>. La institución de la "actuación a riesgo propio" o "competencia de la víctima" -mediante la cual **Jakobs** propone tener en cuenta la intervención de la víctima en el suceso- tan sólo ha sido esbozada en algún trabajo monográfico y en su tratado sobre la Parte General aún presenta -como se verá más adelante en el presente estudio- un tratamiento disperso y poco coherente en algunos puntos<sup>94</sup>. Respecto de la institución de la prohibición de regreso<sup>95</sup> cabe decir que lo que **Jakobs** pretende en última instancia es enmarcar de forma sistemática la teoría de la participación dentro de la imputación objetiva. Desde esta perspectiva, la prohibición de

---

<sup>93</sup> **Jakobs**, ZStW 89 (1977), pp. 13, 29 y ss.; *idem*, AT<sup>2</sup>, 7/51; *idem*, *La imputación objetiva*, pp. 105 y s.

<sup>94</sup> Cfr. las distintas construcciones esbozadas en **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/61, 7/104 y ss., especialmente en relación con 7/124 y ss., 7/129; 29/53 y ss. (cfr. aquí sobre la falta de coordinación existente entre las distintas aproximaciones propuestas por **Jakobs** sobre todo *infra* § 5 II. B. 2.); vid. también los apuntes en *idem*, "La organización de autolesión y heterolesión", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*, especialmente X.; *idem*, *La imputación objetiva*, pp. 109 y ss.; *idem*, *Tun und Unterlassen*, p. 28.

<sup>95</sup> Que poco tiene que ver con la antigua doctrina de la "prohibición de regreso" como interrupción del nexo de imputación entre un primer comportamiento imprudente y un posterior comportamiento doloso; cfr. sobre todo **Jakobs**, ZStW 89 (1977), pp. 1 y ss.; *idem*, AT<sup>2</sup>, 7/56 y 21/14 y ss.; *idem*, *La imputación objetiva*, pp. 145 y ss.; *idem*, "La imputación objetiva", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*, III. En el presente estudio, cfr. *infra* § 9 II. A. 2.

regreso satisface la necesidad de limitar el ámbito de la participación punible, tanto para comportamientos imprudentes como dolosos, con base en criterios objetivo-normativos<sup>96</sup>; de este modo, la prohibición de regreso se presenta en cierto modo como el reverso de la participación punible<sup>97</sup>. Para **Jakobs**, la prohibición de regreso se refiere a aquellos casos en los que un comportamiento que favorece la comisión de un delito por parte de otro sujeto no pertenece en su significado objetivo a ese delito, es decir, que puede ser "distanciado" de él. Por otro lado, frente al alto grado de desarrollo que ha alcanzado el primer nivel de la imputación objetiva, el segundo nivel de imputación, la realización de riesgos o imputación objetiva del resultado, tiene un peso menor en la concepción de **Jakobs**<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Como ha señalado el propio **Jakobs** (por ejemplo, últimamente, *La imputación objetiva*, pp. 171 y s.; *idem*, GA 1996, pp. 260 y s., nota 15, con ulteriores referencias), las diferencias materiales -más allá de la denominación- con aquellas posturas que incorporan delimitaciones normativas de ámbitos de responsabilidad y la correspondiente exclusión de responsabilidad por actos que carecen de significado delictivo no son de consideración.

<sup>97</sup> Cfr. respecto de la parte "negativa" (exclusión de la responsabilidad por comportamientos objetivamente irrelevantes) sobre todo últimamente **Jakobs**, *La imputación objetiva*, pp. 145 y ss.; respecto de la parte "positiva" (repercusiones sobre la teoría de la participación, en especial respecto de la accesoriedad), ahora *idem*, GA 1996, pp. 253 y ss.

<sup>98</sup> Cfr. **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/72 y ss., 7/78 y ss., 7/90 y ss.; *idem*, FS Lackner, pp. 53 y ss.; *idem*, *La imputación objetiva*, pp. 173 y ss.

### C. ¿Imputación "objetiva"?

El elemento común más destacado de todas estas aproximaciones doctrinales está, sin duda, en el reconocimiento de la necesidad de introducir filtros objetivos en la teoría del tipo. Y precisamente en esta dirección se dirigen algunas aproximaciones críticas frente a la teoría de la imputación objetiva, formuladas, sobre todo, por representantes del finalismo. Estas críticas -que, pese a constituir una puesta en duda radical de las tesis mayoritarias, no han recibido, por lo general, una contestación concluyente<sup>99</sup>- no sólo aciertan al plantear una de las cuestiones esenciales de las aproximaciones de imputación objetiva (su carácter general y objetivo), sino que afectan de modo directo a una problemática específica que también aparece en el tema objeto del presente estudio (la relevancia de determinados factores subjetivos en el marco del tipo objetivo)<sup>100</sup>. Por ello, parece necesario llevar a cabo una breve exposición de estos puntos de vista<sup>101</sup> para posteriormente poder pasar a sinte-

---

<sup>99</sup> Cfr., sin embargo, *Jakobs*, GS Armin Kaufmann, pp. 271 y ss.; *Roxin*, GS Armin Kaufmann, pp. 249 y s.; *W. Frisch*, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 63 y ss.

<sup>100</sup> Cfr. *infra* § 9 I. A. 3. y sobre todo § 10 II. B.

<sup>101</sup> La validez de la teoría de la imputación objetiva también se ha puesto en duda, en ocasiones, por algún sector doctrinal minoritario desde otras premisas que para lo que aquí interesa no son de un interés central, y que por ello tan sólo se reseñan a continuación de modo muy breve.

Así, desde la perspectiva de un concepto avalorativo de tipo *Baumann/Weber/Mitsch*, AT<sup>10</sup>, 14/62 y ss., 14/88 y ss., 14/100, como es natural, no  
(continúa...)

tizar (*infra* D.) los presupuestos que cabe establecer en el ámbito al que estas aproximaciones críticas se refieren para el estudio que aquí deberá desarrollarse.

---

<sup>101</sup>(...continuación)

comparten el planteamiento de esta doctrina; cfr. también **Rodríguez Devesa/Serrano Gómez**, PG<sup>17</sup>, pp. 371 y ss.; por su parte, **Cobo del Rosal/Vives Antón**, PG<sup>3</sup>, pp. 320 y ss., distinguen entre "relación de causación" y "relación de causalidad", concibiendo la primera como algo material y la segunda como relación ideal que concurrirá de existir "predecibilidad".

Desde otra perspectiva, por otro lado, en alguna ocasión también se ha sostenido (cfr. **Bustos Ramírez**, EPCr XII [1989], pp. 105 y ss.; *idem*, GS Armin Kaufmann, pp. 203 y ss.; *idem*/**Hormazábal Malarée**, PG<sup>4</sup>, pp.; cfr. también **Larrauri Pijoan**, EPCr XII [1989], pp. 221 y ss.) que alguno de los elementos de la imputación objetiva, en realidad, excluye la antijuridicidad. Desde esta óptica, la imputación objetiva opera a modo de "segundo correctivo" (así **Bustos Ramírez**, EPCr XII [1989], p. 114; **Larrauri Pijoan**, EPCr XII [1989], p. 245) que presupone la existencia previa de un comportamiento doloso o imprudente. Este sector parece entender que resulta necesario contraponer tipo y antijuridicidad, adscribiendo a esta categoría la valoración del comportamiento y, por tanto, la imputación del resultado: "para que el resultado sea imputado es necesario si la imputación es de carácter valorativo y no física que haya una valoración por parte de alguna regla jurídica, lo que no puede suceder en la tipicidad cuyo contenido valorativo viene de la norma prohibitiva que solo valora actos y no resultados" (**Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée**, PG<sup>4</sup>, p. 312). Pero como señala **W. Frisch** con razón (*Tipo penal e imputación objetiva*, p. 87) no queda claro por qué razón la presencia de valoraciones ha de impedir que se conciba el curso subsiguiente a la acción y la producción del resultado como problema de tipicidad. En el ámbito de la tipicidad de los delitos dolosos, **Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée** explícitamente admiten como "criterios generales de atipicidad" la adecuación social y el consentimiento (PG<sup>4</sup>, p. 295) y como "criterios específicos" para determinar "si los procesos de interacción son o no peligrosos" la "disminución del riesgo, el riesgo permitido y el fin de protección de la prohibición (norma de cuidado)" y "el ámbito situacional al ámbito de protección del tipo penal-autonomía de la víctima, pertenencia de la situación a un ámbito de responsabilidad ajena" (PG<sup>4</sup>, pp. 298 y ss.). En los delitos imprudentes señalan que la concreción de la lesión del deber de cuidado es también un problema de antijuridicidad (PG<sup>4</sup>, p. 370).

### 1. Inadecuación en los delitos dolosos

Por un lado, se ha señalado que la teoría de la imputación objetiva resulta superflua en el ámbito de los delitos dolosos. En este sentido, se ha afirmado que la imputación objetiva -cuyo origen en el delito imprudente lleva "sellado en la frente", en famosa expresión de **Armin Kaufmann**<sup>102</sup>- en realidad ocupa el espacio correspondiente al dolo, y en ese sentido -en igualmente conocida expresión de **Hirsch**<sup>103</sup>- no respetaría el axioma de que "lo que es objetivo y lo que es subjetivo [es una cuestión que] no está a disposición de la dogmática". En suma: en el delito doloso, la imputación objetiva no tiene nada que hacer, ya que determinados supuestos lo que faltaría es el dolo, mientras que en otros, sin el análisis del lado subjetivo no resulta posible valorar el hecho<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> **Armin Kaufmann**, FS Jescheck I, p. 251

<sup>103</sup> FS Universität zu Köln, p. 407.

<sup>104</sup> Cfr. **Armin Kaufmann**, FS Jescheck I, pp. 251 y ss., 271 y s., quien, además, sostiene que en conclusión se trata, en realidad, de problemas de Parte Especial; **Hirsch**, FS Universität zu Köln, pp. 403 y ss., 405; *idem*, en: *25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland*, p. 49; **Cerezo Mir**, PG I<sup>a</sup>, pp. 345 y ss.; para **Küpper**, *Grenzen*, pp. 83 y ss., 92 y s., 96 y s. 115, 197, con un punto de vista algo distinto, faltaría el dominio final del hecho; **Gracia Martín**, en: *Diez Ripollés/Gracia Martín, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 44.



## 2. Inadecuación en los delitos imprudentes

Por otro lado, se ha sostenido que la teoría de la imputación objetiva resulta inadecuada también en el ámbito del delito imprudente. En este ámbito, se utilizan dos argumentaciones. En primer lugar, se afirma que la teoría de la imputación objetiva carece de relevancia, pero no por ser inadecuadas sus propuestas de solución, sino porque éstas en realidad no harían otra cosa que reproducir los contenidos ya elaborados por la dogmática de la imprudencia con la infracción del deber objetivo de cuidado -en el primer nivel- y con la llamada relación de contrariedad a deber -en el segundo nivel de imputación objetiva-<sup>105</sup>. Se trata, por lo tanto, en cierta medida tan sólo de una consecuencia de la crítica anterior planteada en el ámbito del delito doloso: no cabe elaborar una teoría conjunta de la imputación objetiva, ya que ésta resulta inviable en el delito doloso; en el ámbito del delito imprudente, los contenidos planteados por la imputación objetiva ya están recogidos por la dogmática del delito imprudente. Por otro lado, también se ha planteado -sobre todo por **Struensee**- otra argumentación que, ésta sí, es paralela a la esgrimida en el ámbito del delito doloso: sí puede elaborarse una teoría unitaria para los problemas tratados por la teoría de la imputación objetiva, pero en realidad éstos se refieren, tanto en el delito dolo-

---

<sup>105</sup> Cfr. sólo **LK-Hirsch**, n.m. 32 previo al § 32; **Küpper**, *Grenzen*, pp. 91 y ss., 99 y s., 100 y s.

so como en el imprudente, al tipo subjetivo, tipo subjetivo que -en contra de la opinión común- habría que elaborar también para todas las formas de imprudencia<sup>106</sup>.

De modo sintético cabe decir<sup>107</sup> -y dejar planteado para el siguiente apartado-, entonces, que las críticas formuladas se refieren, en realidad, a dos cuestiones: por un lado, se trata de la posibilidad y justificación material de la introducción de criterios generales de imputación objetiva. Por otra parte, más específicamente, lo que se discute es precisamente el carácter objetivo o no de esos criterios.

#### **D. La teoría de la imputación objetiva y sus distintas raíces**

Con la escueta panorámica acabada de trazar se han hecho tres constataciones: en primer lugar, dentro de la evolución dogmática que generalmente se plantea bajo el rótulo de la teoría de la imputación objetiva, existen elementos que están relacionados de modo primario con la problemática de la atribución de resultados a determinadas conductas. En segundo lugar, que también existe la tendencia a ver el centro de

---

<sup>106</sup> Struensee, GA 1987, pp. 97 y ss.; *idem*, JZ 1987, pp. 53 y ss.; Cuello Contreras, *Culpabilidad e imprudencia*, pp. 180 y ss.; Serrano González de Murillo, *Teoría del delito imprudente*, pp. 88 y ss., 109, 110 y s., 118 y ss.

<sup>107</sup> Siguiendo a W. Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 67.

gravedad de la teoría de la imputación objetiva en la definición del carácter típico de la conducta, con anterioridad e independencia de la cuestión de la atribución del resultado. En tercer lugar, que se existe un sector de la doctrina que ha cuestionado el carácter de la imputación objetiva como teoría general y precisamente "objetiva" en el marco de la tipicidad.

En lo que sigue, se tratará de desarrollar algunas reflexiones que ayuden a precisar las características generales de la teoría de la imputación objetiva en relación con las cuestiones antes planteadas. Para ello, se partirá del análisis de dos aproximaciones dogmáticas históricas que pueden considerarse antecedentes de la evolución actual<sup>108</sup>: la teoría de la "imputación objetiva" propuesta por **Larenz y Honig** y la de la "adecuación social" desarrollada por **Welzel**. Se han seleccionado estas dos aportaciones porque, como se verá, constituyen verdaderos paradigmas de las dos fundamentaciones que desde la perspectiva aquí defendida conviven en el actual desarrollo. Sobre la base de este análisis, finalmente, se podrán exponer las consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva que deben servir de presupuesto -", como se ha dicho, este objetivo es el que delimita el

---

<sup>108</sup> Sin que, sin embargo, aquí se pretenda hacer un análisis de la evolución dogmática en sentido estricto. De lo que se trata, como se indica a continuación en el texto, es de mostrar la existencia de dos paradigmas distintos que en ocasiones no se separan con claridad en la discusión actual.

alcance de estas consideraciones- del análisis a desarrollar en el presente estudio.

### 1. Dos antecedentes histórico-dogmáticos

#### a) La teoría de la imputación objetiva de *Larenz y Honig*

Puede decirse que se ha convertido en un lugar común el dar por hecho que la actual teoría de la imputación objetiva encuentra su origen en la doctrina desarrollada bajo el mismo nombre antes de la segunda guerra mundial sobre todo por *Larenz y Honig*<sup>109</sup>.

La primera aproximación fue realizada por *Larenz* en una monografía que planteaba la cuestión desde la perspectiva de la filosofía del derecho y tomaba como punto de partida la teoría de la imputación desarrollada por *Hegel*<sup>110</sup>. Esta contribución se publicó en un momento en el que, como es sabido, se estaba produciendo la sustitución de una perspectiva fundamentalmente naturalista-positivista -en lo que aquí

---

<sup>109</sup> Cfr. sólo las afirmaciones del propio *Roxin*, FS *Honig*, pp. 133 y s., e *idem*, AT I<sup>2</sup>, 7/25 con nota 32; *Serrano González de Murillo*, *Teoría del delito imprudente*, pp. 88 y s.; *Martínez Escamilla*, *La imputación objetiva del resultado*, p. 22.

<sup>110</sup> *Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*, reimpresión de la edición de 1927, 1970.

interesa: el "dogma causal"- por diversos puntos de vista valorativos<sup>111</sup>. Como también es sabido, la primera de las perspectivas antes aludidas, a su vez, antes había desgajado el concepto "global" de acción de los hegelianos<sup>112</sup>, separando el concepto de acción del de acción culpable. Sin embargo, la referencia del suceso jurídico-penalmente relevante a la voluntad, para poder entender tal suceso como obra de una persona, sólo se entendía -en este marco sistemático- en sentido causal: en lugar de la imputación del hecho se situó la causalidad, pues en el plano de la acción el elemento de la voluntad se veía cumplimentado con la constatación de la existencia de un impulso voluntario cualquiera, sin importar a qué se dirigía ese acto voluntario. Partiendo de esta situación, **Larenz** planteó como criterio determinante para adscribir un hecho al sujeto el "juicio de imputación", con un sentido distinto del que tiene el juicio sobre la existencia de una relación de causalidad. Para **Larenz**, "la imputación no significa otra cosa que el intento de delimitar el hecho propio del acontecer fortuito"<sup>113</sup>. Dicho sintéticamente, **Larenz** parte, por tanto, de que el juicio de im-

---

<sup>111</sup> Cfr. sobre el contexto de la discusión de aquel momento, por ejemplo, **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 10 y ss.

<sup>112</sup> La refundición de los tradicionales juicios de imputación al hecho (*imputatio facti*) e imputación a la culpabilidad (*imputatio iuris*) en un único juicio resultaba factible para los hegelianos en la medida en que, como recuerda el propio **Larenz**, "en aquella época sólo conocían la responsabilidad por culpabilidad y el concepto de hecho sólo resultaba de interés para la ciencia del derecho como hecho culpable", (*Hegels Zurechnungslehre*, pp. 60 y s.).

<sup>113</sup> *Hegels Zurechnungslehre*, p. 61.

putación es aquel por el cual se determina si un hecho es obra de un sujeto<sup>114</sup>. Partiendo de la concepción filosófica en la que **Larenz** basa su construcción, esta determinación debe llevarse a cabo comprobando si lo sucedido constituye una acción del sujeto, lo que sólo será el caso si el hecho puede entenderse como realización de su voluntad<sup>115</sup>. La voluntad se realiza en el hecho en la medida en que constituye su principio determinante<sup>116</sup>. Por ello, "la imputación al hecho es la referencia del acontecer a la voluntad"<sup>117</sup>, cuya determinación fundamental, su esencia, es la libertad, que en cuanto significa autodeterminación<sup>118</sup> y pertenece al ser de la persona como expresión de su yo y de su racionalidad<sup>119</sup>, abre la posibilidad de imputar al ser humano su hecho como "propio"<sup>120</sup> y hacerlo responsable del mismo.

---

<sup>114</sup> **Hegels Zurechnungslehre**, p. 60.

<sup>115</sup> En palabras de **Hegel**, acción es la "exteriorización de la voluntad subjetiva o moral" (*Grundlinien*, § 113 [p. 211]); cfr. sobre este concepto de acción sólo v. **Bubnoff**, *Entwicklung*, pp. 36 y ss., 43; críticamente **Jakobs**, *AT*<sup>2</sup>, 6/3, 6/5; cfr., sin embargo, *idem*, *Handlungsbe-griff*, *passim*.

<sup>116</sup> **Larenz**, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 67.

<sup>117</sup> **Larenz**, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 63; *idem*, *NJW* 1955, I 1011.

<sup>118</sup> **Larenz**, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 45.

<sup>119</sup> **Larenz**, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 21 y s., 64.

<sup>120</sup> **Larenz**, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 66; *idem*, *NJW* 1955, I 1011.

El juicio de imputación sobre el hecho se configura, por tanto, como un juicio teleológico<sup>121</sup>. Dada la capacidad de la voluntad para establecer y realizar fines y dirigir el curso causal hacia una meta determinada, la voluntad domina lo que acontece en la naturaleza y lo convierte en hecho propio. El hecho se presenta así como un todo teleológico, es decir, como un conjunto variado de causas y efectos que halla conjunción a través de la relación con los fines de la voluntad<sup>122</sup>.

Sin embargo, **Larenz** afirma que a diferencia del concepto de acción propuesto por **Hegel**, la acción -y, consecuentemente, la imputación- no debe ser entendida en sentido subjetivo, sino objetivo<sup>123</sup>. En este sentido, **Larenz** pretende superar y completar el concepto de acción desarrollado por **Hegel** al sostener que el concepto de imputación por él propuesto es objetivo: no sólo abarca la imputación de hechos conocidos y queridos sino también los que podrían haber constituido objeto de la voluntad, es decir, los hechos imprudentes<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> **Larenz**, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 68; v. **Bubnoff**, *Entwicklung*, p. 45.

<sup>122</sup> **Larenz**, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 68; es en este sentido en el que puede hablarse de "causalidad de la voluntad", lo que significa que un acontecer externo es reconducible a una voluntad que establece fines (v. **Bubnoff**, *Entwicklung*, p. 46.).

<sup>123</sup> **Larenz**, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 68.

<sup>124</sup> "Lo no conocido me puede ser imputado por cuanto el no conocer no es algo fortuito, sino obra de mi libertad, pues el conocer constituye una circunstancia que me era posible", **Larenz**, *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 53, 68; cfr. también *idem*, *NJW* 1955, p. 1011.

Larenz, por tanto, interpreta el concepto de acción de Hegel como limitado a los delitos imprudentes<sup>125</sup>, una cuestión sobre la que hasta el día de hoy no existe acuerdo<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Al ser la acción "unidad de la voluntad subjetiva" (Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 51), la imputación es para Hegel, en opinión de Larenz (*Hegels Zurechnungslehre*, pp. 50 y ss.), tan sólo "el derecho de la voluntad subjetiva", de la voluntad que "reconoce y es algo en la medida en que es suyo, en lo que ella existe como algo subjetivo" (Hegel, *Grundlinien*, § 107 [p. 205], subrayado en el original). En consecuencia, lo fortuito en la acción de Hegel es lo que no era conocido por la voluntad (Larenz, *Hegels Zurechnungslehre*, p. 52).

<sup>126</sup> De hecho, sobre este punto de la teoría de la imputación de Hegel se han llegado a sostener interpretaciones muy diversas. En este sentido, mientras que la postura que parece mayoritaria, por ejemplo, como se acaba de reseñar, la del propio Larenz, considera que la concepción de Hegel no podía abarcar la imprudencia (en el mismo sentido, cfr. v. Bubnoff, *Entwicklung*, pp. 44 y s.; últimamente, vid., por todos, Jakobs, *AT*<sup>2</sup>, 6/3; Toepel, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, pp. 137 y s., con referencias; Esser, *FS Mestmäcker*, p. 1015) -con la consiguiente limitación de la virtualidad de la concepción de Hegel como teoría general de la imputación-, hay autores que entienden, por el contrario, que la doctrina de Hegel no excluye la imprudencia. Pero aún dentro de este entendimiento, la interpretación se realiza desde presupuestos a veces enfrentados. En este sentido, Köhler (*Die bewußte Fahrlässigkeit*, pp. 200 y s., 202 y ss.) entiende desde una perspectiva subjetivista (centrada en la determinación axiológica de la "autonomía" como elemento esencial dentro de la teoría de la acción) que la teoría de Hegel debe aplicarse también a la imprudencia, evitando cualquier tentación de "deslizarse hacia una imputación 'objetiva'..." (op. cit., p. 202), mientras que Vehling (*Abgrenzung*, pp. 23 y ss., 27 y ss.) entiende que la doctrina de Hegel se ha de interpretar como imputación general, interpretando la "voluntad" en sentido normativo (como racional-general, por contraposición a lo "particular" o "subjetivo" en la terminología de Hegel), de modo que precisamente la teoría hegeliana serviría como base de la "moderna teoría jurídico-penal" de la imputación objetiva, es decir, justo lo contrario de lo que sostiene Köhler. Esta controversia es indicativa de que quizás no debiera sobrevalorarse la teoría de Hegel para la discusión dogmática en el campo del Derecho penal, dada su inserción en un complejo sistema filosófico. Una buena muestra de ello se encuentra en que Honig, al adaptar con mínimas modificaciones la construcción de Larenz a la dogmática específicamente penal (cfr. a continuación en el texto), renuncie expresamente a realizar una fundamentación de índole filosófica, considerando, por el contrario, que la teoría puede obtener su justificación de su propio papel como instrumento dogmático (cfr. Honig, *FG Frank*, p. 181 y s.) o en que se haya considerado que la teoría de la imputación objetiva de Larenz abandona ya en realidad completamente los postulados de la teoría de la imputación de Hegel (cfr. Toepel, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, p. 139).

(continúa...)



En todo caso, hay que subrayar que para **Larenz**, de lo que se trata es de la fundamentación del concepto de acción<sup>127</sup> en cuanto presupuesto teórico general de cualquier sistema de imputación, de adscripción de un hecho a un sujeto<sup>128</sup>. "En esta medida, -dice **Larenz**- la teoría satisface una necesidad puramente teórica, y no resulta, por tanto, de interés para los prácticos, por tratarse de una pura especulación jurídico filosófica"<sup>129</sup>. Sin embargo, a renglón seguido **Larenz** afirma que esa construcción de base ofrece en el plano dogmático "la posibilidad de captar el núcleo central de las viejas teorías de la 'interrupción' del curso causal referidas a los casos englobados por la teoría de la 'prohibición de regreso'. , supuestos en los que en relación con quien

---

<sup>126</sup>(...continuación)

En cambio, sí es de interés directo para el propósito que aquí se persigue constatar que en este contexto se ha llegado a ver un paralelismo entre la concepción de **Hegel** y la teoría final de la acción (cfr. v. **Bubnoff**, *Entwicklung*, p. 46; así también **Meyer**, *Autonomie*, p. 111); extendiéndose esta apreciación al desarrollo hecho por **Larenz** y **Honig** (así recientemente **Maiwald**, *FS Miyazawa*, pp. 472 y ss.; cfr. también **Welzel**, *ZStW* 51 [1931], p. 719, nota 30, en la que dice coincidir con los resultados alcanzados por **Larenz**). Como se verá más adelante en el texto, esta apreciación no es casual.

<sup>127</sup> Cfr. en este sentido sólo **Gimbernat Ordeig**, *Problematik der inadäquaten Handlungen*, pp. 83 y ss., exponiendo las relaciones de esta construcción con el posterior desarrollo del concepto social de acción; cfr. también **Cerezo Mir**, *PG I*<sup>4</sup>, p. 344, nota 9; **Luzón Peña**, voz "imputación objetiva", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II (COR-IND), p. 3465.

<sup>128</sup> Cfr. *Hegels Zurechnungslehre*, pp. 81 y ss.; *idem*, *NJW* 1955, p. 1012.

<sup>129</sup> *NJW* 1955, p. 1012.

actúa en primer término no se interrumpe el curso causal, pero sí la imputación objetiva"<sup>130</sup>.

La introducción de la construcción de **Larenz** en la dogmática jurídico-penal fue llevada a cabo pocos años más tarde por **Honig**<sup>131</sup>. Para este autor, el cometido fundamental de la imputación objetiva es el de clarificar la significación que la relación de causalidad tiene para el ordenamiento jurídico, separando los juicios de causalidad y de imputación<sup>132</sup>. Partiendo, como se ha dicho, de la aportación de **Larenz**<sup>133</sup>, **Honig** propuso como criterio de decisión la noción de "objektive Bezweckbarkeit" (que podría traducirse de modo literal como "susceptibilidad objetiva de ser tomado como finalidad"). Esta noción caracteriza, en su opinión, a aquellos supuestos en los que "...existe objetivamente una 'posibilidad de control del curso causal'"<sup>134</sup>). Es decir, desde es-

---

<sup>130</sup> NJW 1955, p. 1012; cfr. también **H. Mayer**, AT, pp. 131 y ss.; este proyecto de fundamentación de la prohibición de regreso "tradicional" (impunidad de hechos imprudentes que permiten la ejecución de un hecho doloso por parte de un sujeto que actúa posteriormente) es acometido -apoyándose en gran medida en el desarrollo hecho por **Larenz**- en la dogmática jurídico-penal con posterioridad exhaustivamente por **Naucke**, ZStW 76 (1964), pp. 426 y ss., especialmente 428 y ss. Vid., por todos, las valoraciones críticas de esta perspectiva realizadas por **Jakobs**, ZStW 89 (1977), pp. 8 y s. y **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 63 y ss.

<sup>131</sup> FG Frank I, pp. 174 y ss.

<sup>132</sup> **Honig**, FG Frank I, p. 181.

<sup>133</sup> Aunque prescindiendo de modo expreso del fundamento filosófico en la teoría de la imputación de Hegel, cfr. **Honig**, FG Frank I, pp. 181 y s.

<sup>134</sup> En expresión de **Gómez Benítez**, PG, p. 186.

ta perspectiva, sólo puede ser relevante aquel resultado que, siendo consecuencia de un comportamiento humano con efectos causales "sólo puede ser imaginado como producido en persecución de una determinada meta"<sup>135</sup>.

#### **b) La teoría de la adecuación social de Welzel**

Como se ha señalado antes, según algunos representantes de la teoría final de la acción, resulta inviable la pretensión de desarrollar una teoría general de la imputación objetiva<sup>136</sup>. Incluso se ha dicho que el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva es uno de los desarrollos dogmáticos que siguen de modo especial la tradición de los adversarios de Welzel, fundador de la teoría final de la acción<sup>137</sup>. El propio Welzel en la última edición de su manual resuelve el ejemplo en el que alguien "envía a otro al bosque cuando amenaza una tormenta, con la esperanza de que un rayo lo matará" no excluyendo la tipicidad objetiva -como haría la

---

<sup>135</sup> Honig, FG Frank I, pp. 184, 188; esta formulación, que, como se ha visto, es de difícil expresión en castellano -y que en alemán, desde luego, no da la impresión de artificiosidad que puede producir en castellano- ha sido traducida de muy distintas formas en la doctrina española; la propuesta que más fortuna parece haber hecho es la de Luzón Peña, en: Roxin, *Problemas básicos*, pp. 128 y ss.: "posibilidad objetiva de pretender".

<sup>136</sup> Cfr. *supra* § 3 II. C.

<sup>137</sup> En este sentido, cfr. Hirsch, en: *25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland*, p. 48; vid. también *idem*, FS Universität zu Köln, p. 403; Roxin, AT I<sup>2</sup>, 24/5.

teoría de la imputación objetiva<sup>138</sup>-, sino afirmando que no concurre dolo, pues el autor no tiene "voluntad de matar"<sup>139</sup>. Sin embargo, en su estudio programático "Studien zum System des Strafrechts"<sup>140</sup> precisamente este supuesto era abordado de modo completamente distinto: "Este ejemplo no tiene que ver ni con la causalidad, ni con el dolo, sino con el significado social de la acción que hemos denominado adecuación social."<sup>141</sup>. Para **Welzel**, la adecuación social es la "interpretación de sentido de los tipos"<sup>142</sup>, conforme a la cual quedan excluidas "del concepto de injusto... todas las acciones... que se ubiquen funcionalmente dentro del orden históricamente generado"<sup>143</sup>. Tan sólo con la adecuación social se entra en el "ámbito del tipo, ..en las regiones del injusto tipificado"<sup>144</sup>.

Al desarrollar la formulación original de la idea de adecuación social, antes esbozada, **Welzel** partió de dos reflexiones de principio: por un lado, su argumentación se inscribe

---

<sup>138</sup> Cfr. sólo **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/36; **Wessels**, AT<sup>26</sup>, n.m. 194.

<sup>139</sup> **Welzel**, *Strafrecht*<sup>11</sup>, p. 66; cfr. entre los representantes del finalismo de la actualidad, en este mismo sentido respecto de este ejemplo, **Cerezo Mir**, PG I<sup>1</sup>, pp. 346 y s. y nota 15, 385.

<sup>140</sup> ZStW 58 (1939), pp. 491 y ss.

<sup>141</sup> ZStW 58 (1939), p. 517.

<sup>142</sup> **Welzel**, AT<sup>1</sup>, p. 33; AT<sup>2</sup>, p. 40.

<sup>143</sup> ZStW 58 (1939), p. 516.

<sup>144</sup> **Welzel**, ZStW 58 (1939), p. 529.

-de modo paralelo a lo que cabe decir del desarrollo de **Larenz**- en el marco de la crítica que formula frente a la concepción "naturalista-causal" de la acción y del bien jurídico<sup>145</sup>. En opinión de **Welzel**, ésta partía de una visión de la realidad propia de las ciencias naturales, inadecuada desde un principio para abarcar el objeto del Derecho penal. De este modo, la cuestión del curso causal, que originalmente no era más que "una pequeña cuestión puntual", se había hipertrofiado hasta llegar a ser el problema dominante del lado objetivo del delito. El problema causal "...ha sabido colocarse en el centro del sistema del Derecho penal, ha absorbido la totalidad del lado objetivo de la acción delictiva..."<sup>146</sup>. La teoría de la lesión del bien jurídico<sup>147</sup>, emparentada con "el dogma causal", según la cual "el estado

---

<sup>145</sup> Sin que aquí sea preciso desentrañar hasta qué punto su crítica se dirige hacia el causalismo y en qué medida se refiere también a la corriente neokantiana en la dogmática penal de la época. Basta constatar que tampoco esta dirección dogmática había llegado, más allá del hallazgo de los "elementos normativos del tipo", a ubicar una categoría normativa general en el tipo. Así, por ejemplo, lo sostiene **Schünemann**, "Einführung in das strafrechtliche Systemdenken", en: *idem* (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, pp. 24 y ss., 32, nota 68. Cfr. también, por ejemplo, las amplias exposiciones de la evolución doctrinal antes de **Welzel** realizadas por **Zielinski**, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, pp. 17 y ss. y **Silva Sánchez**, *Aproximación*, pp. 48 y ss. En todo caso, suele afirmarse que el pensamiento de **Welzel** también atacaba el relativismo valorativo de los neokantianos, cfr., por todos, **Zielinski**, op. cit., p. 58; **Silva Sánchez**, op. cit., pp. 55 y ss. y exhaustivamente **Müssig**, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, pp. 27 y ss., 30, 32.

<sup>146</sup> **Welzel**, ZStW 58 (1939), p. 492.

<sup>147</sup> Aun después de la reformulación que **Welzel** pretende realizar, cfr. ZStW 58 (1939), p. 514. Sobre el concepto de bien jurídico en **Welzel**, cfr., por todos, **W. Hassemer**, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, pp. 88 y ss.; **Amelung**, "Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit", en: **Jung et al.** (ed.), *Recht und Moral*, pp. 274 y ss., con referencias.

original de los bienes jurídicos es la ausencia de lesión, de libertad y seguridad frente a las lesiones", de modo que "es sólo el delito el que hace sufrir lesiones"<sup>148</sup> al bien jurídico, había hecho posible, siempre según Welzel, que el delito pudiese concebirse como la mera lesión exterior de un bien jurídico. Esto, sin embargo, constituye una interpretación errónea de la "realidad social del Derecho", en la que sólo hay bienes jurídicos en la medida en que "desempeñan una 'función'"<sup>149</sup>. Sin que los bienes jurídicos se expongan, es imposible que se desarrolle la vida social; sólo una concepción de la realidad como "mundo museal muerto" puede partir de una visión estática de los bienes jurídicos. En la vida social habitual, todos están permanentemente expuestos a que se pongan en peligro y se dañen sus bienes jurídicos, sin que ello tenga relevancia jurídico-penal alguna; ello es así, según Welzel, porque el "mundo del Derecho" es un "mundo del sentido, del significado"; y es la adecuación social el concepto en el que se refleja la inserción del Derecho penal en la sociedad, que refiere "los elementos del tipo... al... conjunto de la sociedad"<sup>150</sup>.

---

<sup>148</sup> Welzel, ZStW 58 (1939), p. 509.

<sup>149</sup> ZStW 58 (1939), pp. 514 y s.

<sup>150</sup> ZStW 58 (1939), p. 530.

Por otro lado, los tipos jurídico-penales son, según Welzel, "tipificaciones de comportamientos antijurídicos"<sup>151</sup>; por ello, las acciones socialmente adecuadas, desde un principio, no pueden ser típicas; el significado de las expresiones contenidas en el tipo sólo puede averiguarse en su contexto social. La adecuación social, al eliminar del tenor literal de los tipos aquellos procesos vitales que desde el punto de vista material no deben subsumirse bajo ellos, es la que hace posible que el tipo sea la tipificación del injusto merecedor de pena<sup>152</sup>.

Welzel modificó en varias ocasiones los supuestos de hecho enunciados como casos de aplicación de la teoría de la adecuación social<sup>153</sup>, y también cambió en varias ocasiones su ubicación y relevancia sistemáticas<sup>154</sup>, lo que ha conducido

---

<sup>151</sup> ZStW 58 (1939), p. 527; AT<sup>2</sup>, p. 42: "el tipo [es] tipificación del injusto jurídico-penal", "el tipo es el injusto jurídico-penal, descrito con base en elementos típicos".

<sup>152</sup> Welzel, AT<sup>1</sup>, pp. 34 y s.; AT<sup>2</sup>, p. 42.

<sup>153</sup> En este sentido, afirma a lo largo de su obra que podían resolverse los siguientes casos a través de la adecuación social: el sobrino que manda a su tío rico a realizar un viaje en tren con la esperanza de que éste muera; plantar una belladona en el bosque con la esperanza de que alguien la ingiera y muera por ello; las amenazas con medios adecuados al tráfico; el coito realizado con una mujer aquejada de una enfermedad pulmonar con la intención de que muera durante el embarazo; los pequeños presentes que habitualmente se entregan a los carteros en la época de Navidad; el "riesgo permitido" en aquellas actividades peligrosas que tienen unas reglas fijas (competiciones deportivas; fábricas peligrosas); limitaciones de la libertad de movimientos en el tráfico de masas, etc.; cfr., por lo demás, los casos recogidos por Hirsch, ZStW 74 (1962), pp. 87 y ss.

<sup>154</sup> Cfr. sólo la exposición en Cancio Meliá, ADPCP 1993, pp. 700 y ss.

a que frecuentemente se hable del "eslógan de la adecuación social"<sup>155</sup>, entendido como referida meramente a la aceptación social fáctica de determinadas formas de comportamiento, a la "normalidad" social en este sentido<sup>156</sup>. Sin embargo, lo cierto es que **Welzel** no partió de un determinado caso problemático para llegar a la adecuación social, sino que, a la inversa, la planteó en primer lugar en el marco teórico de su doctrina como categoría y después adujo ejemplos (más o menos afortunados)<sup>157</sup>. Por otra parte -con independencia del desarrollo posterior de su sistema dogmático, dominado por una perspectiva subjetiva-ontológica del concepto de acción<sup>158</sup>- también está claro que su concepción quedaba referida al contenido normativo-social del tipo<sup>159</sup>, a aquello

---

<sup>155</sup> En este sentido, por ejemplo, **LK<sup>10</sup>-Hirsch**, n.m. 29 previo al § 32; **Roxin**, FS Klug, p. 304; **Armin Kaufmann**, FS Jescheck I, p. 268; **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 113; **Serrano González de Muriillo**, *Teoría del delito imprudente*, p. 123; sobre la situación actual de la teoría de la adecuación social, cfr. sólo las referencias en **Cancio Meliá**, ADPCP 1993, pp. 703 y s. con nota 31.

<sup>156</sup> Y de procederse así, la adecuación social necesariamente consistirá en "criterios valorativos extrajurídicos" (así **Zipf**, ZStW 82 [1970], p. 637); esto mismo lo constatan, para criticar la adecuación social, **Rodríguez Mourullo**, PG, p. 265; **Muñoz Conde**, *Teoría general del delito*, p. 51.

<sup>157</sup> En sentido similar, **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, p. 145.

<sup>158</sup> Cfr. sólo la conocida crítica de **Roxin**, ZStW 74 (1962), pp. 531, 534 y ss., y la exposición sobre la cuestión en relación con la adecuación social realizada en **Cancio Meliá**, ADPCP 1993, pp. 724 y ss.; *idem*, GA 1995, pp. 188 y ss.

<sup>159</sup> Cfr. **Cancio Meliá**, ADPCP 1993, pp. 710 y ss., 728 y s.; *idem*, GA 1995, pp. 183 y ss., 190 y s. Esto, desde el punto de vista aquí sostenido, es independiente, en su significado sistemático específico para la teoría del delito, de cuáles fuesen las características que los valores incorporados a la tipicidad tuviesen en la concepción de **Welzel**:  
(continúa...)



que va más allá de los "meros nexos causales", y ello tanto en el tipo de los delitos dolosos como de los delitos imprudentes<sup>160</sup>.

## 2. La teoría de la imputación objetiva: algunos presupuestos

Sobre la base de la exposición anterior, puede ya intentarse una síntesis de las características generales de la teoría de la imputación objetiva. Partiendo de las aproximaciones históricas acabadas de esbozar -y, dicho sea de nuevo, sin

---

<sup>159</sup> (...continuación)

parece que se produce una evolución desde valores absolutos (aunque inscritos en el momento histórico concreto) hacia consideraciones más bien de tipo funcional (cfr. la adecuación social como "concepto ordenador valorativo" [ZStW 58 (1939) p. 517 nota 38] y como "comportamiento no necesariamente modélico en sociedad, sino un comportamiento dentro del marco de la libertad de acción social" *Welzel, Strafrecht*", p. 56, subrayado en el original)). Vid. también *Peters* (FS *Welzel*, p. 427), quien constata un progresivo vaciamiento del concepto de adecuación social de valores sociales para ir evolucionando hacia la "habitualidad de la actuación". Respecto de la evolución de *Welzel* en el ámbito de la filosofía del Derecho, cfr. *Loos*, "H. Welzel. Die Suche nach dem Überpositiven im Recht", en: *idem* [ed.], *Rechtswissenschaft in Göttingen*, Göttingen, 1987, p. 504 y ss., y la exposición de las bases filosóficas de *Welzel* hecha por *Zielinski*, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, p. 57 y ss. y *Müssig*, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*, pp. 27 y ss. Como ya se ha dicho, sin embargo, en lo relativo al valor dogmático de la adecuación social, lo relevante es que con la concepción se hace referencia a normas sociales o al menos permite esta interpretación (como ha puesto de relieve, sobre todo, *W. Hassemer*, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*, pp. 88 y ss. [en contra de otras interpretaciones simplificadoras], especialmente pp. 90, 92 y ss.; cfr. también *Müssig*, op. cit., pp. 28 y s.).

<sup>160</sup> "Las acciones socialmente adecuadas... nunca son antijurídicas, aunque tengan como consecuencia la lesión de un bien jurídico. Si, por consiguiente, no son típicas en el sentido de los delitos dolosos, tampoco lo son en el de los delitos de causación imprudentes...", *Welzel*, ZStW 58 (1939), pp. 557 y s.; cfr. sobre esto *Cancio Meliá*, ADPCP 1993, pp. 716 y ss.; *idem*, GA 1995, pp. 187 y ss.

pretender realizar un análisis de la evolución histórico-dogmática en sentido estricto-, parece claro que la teoría de la imputación objetiva desarrollada por **Larenz** y **Honig**, en contra de lo que frecuentemente suele afirmarse<sup>161</sup>, bien poco tiene que ver con la doctrina que existe en la actualidad bajo la misma denominación<sup>162</sup>. Pues, como se ha visto, aquella aproximación persigue delinear, partiendo de un sistema penal de responsabilidad personal (de lo abarcable por la voluntad), los límites (objetivos) máximos de la atribución de responsabilidad, o, dicho de otro modo, de la mecánica axiológica exterior de lo dominable como límite de la imputación en un sistema personal de responsabilidad<sup>163</sup>. En efecto, este desarrollo -que no en vano fue ubicado por sus autores en el plano de la acción<sup>164</sup>- se lleva a cabo desde

---

<sup>161</sup> Cfr. sólo **Roxin**, FS **Honig**, pp. 133 y s.; **Roxin**, sin embargo, ha relativizado últimamente la conexión de la moderna teoría de la imputación objetiva con las aportaciones de **Larenz** y **Honig**, afirmando, por ejemplo, que "de hecho en **Larenz** y **Honig** sólo cabe encontrar un punto de partida que no permite presagiar el posterior desarrollo de la concepción" (**Roxin**, *Chengchi Law Review* 50 [1994], p. 235), o que la formulación dogmática en **Larenz** y **Honig** era aún rudimentaria (**Roxin**, AT *I*<sup>2</sup>, 7/25); en todo caso -como se expone a continuación en el texto- lo cierto es que se trata de puntos de partida muy distintos.

<sup>162</sup> Así también, desde una perspectiva algo distinta -subrayando el origen jurídico-civil de algunos de los contenidos de la teoría de la imputación objetiva moderna- **Toepel**, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang*, p. 145.

<sup>163</sup> Cfr., en este sentido, con razón en esta medida, **Maiwald**, FS **Miyazawa**, pp. 472 y ss., 476 y ss., pretendiendo además extender esta valoración -equivocadamente, como se verá a continuación- a la actual teoría de la imputación objetiva; con un entendimiento similar, por ejemplo, **Sancinetti**, *Fundamentación subjetiva del ilícito*, pp. XIII, 290 y s.

<sup>164</sup> Desde una perspectiva claramente deductiva, partiendo -en el caso de **Larenz**- de reflexiones de índole filosófica.

la perspectiva del sujeto-autor y traza tan sólo el alcance máximo de la norma de comportamiento<sup>165</sup>. Puesto que se trata tan sólo de delimitar esos límites máximos de lo que puede ser entendido como obra de un sujeto, no es de extrañar que muy pronto -de hecho, ya en la formulación de Honig<sup>166</sup>-, el punto de mira de este desarrollo se concentrase en la cuestión de la atribución del resultado<sup>167</sup>, como manifestación exterior perceptible por los sentidos de los límites de la dominabilidad, de modo que los resultados dogmáticos de estas aproximaciones no superaran los alcanzados por las reformulaciones de la teoría de la causalidad de la época, en particular, por la teoría de la adecuación<sup>168</sup>.

Sin embargo, parece claro que gran parte de los contenidos incluidos en la teoría de la imputación objetiva -también

---

<sup>165</sup> Y por ello no es de extrañar que en ocasiones se haya afirmado que existen paralelismos hacia el concepto final de acción; cfr. v. Bubnoff, *Entwicklung*, p. 46, respecto del concepto de acción en Hegel; Maiwald, FS Miyazawa, pp. 472 y ss., respecto de Larenz y Honig.

<sup>166</sup> A pesar que el propio Honig (FG Frank I, p. 196) siguiera ubicando la cuestión en el marco de la teoría de la acción, lo cierto es que su análisis queda circunscrito básicamente a cuestiones de cursos causales irregulares; en este sentido Maiwald (FS Miyazawa, pp. 466, 470 y s.) destaca que la adaptación de la propuesta de Larenz a la discusión en la dogmática jurídico-penal estaba centrada en los problemas con los que se topaban las teorías causales de la época al intentar resolver los casos con cursos causales atípicos.

<sup>167</sup> Como señalan W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 13 y s.; Wolter, en: Gimbernat/Schünemann/Wolter (ed.), *Internationale Dogmatik*, p. 4; cfr. más adelante la aportación del propio Larenz, FS Honig, pp. 79 y ss., respecto del Derecho de daños, centrado en esta cuestión.

<sup>168</sup> Cfr. en este sentido, por ejemplo, Jakobs, *AT*<sup>2</sup>, 7/32; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, p. 21; Roxin, *Chengchi Law Review* 50 (1994), p. 235; W. Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 26.

tal y como es defendida por la doctrina mayoritaria, tanto en el nivel de la "creación de riesgos desaprobados" como en el de la "realización de riesgos"-, va más allá de esa mecánica exterior. En efecto, por ejemplo, los supuestos incluidos en el ámbito del riesgo permitido, o los abarcados por el alcance del tipo, sin duda alguna, sí cabrían dentro de la definición de comportamiento objetivamente imputable en el sentido de **Larenz** y **Honig**. Pues parece que no hay duda alguna acerca de que, por ejemplo, puede "imaginarse como condición puesta de modo final" el resultado lesivo producido en el ejercicio de una actividad cubierta por un riesgo permitido, o el resultado que para la doctrina de la imputación objetiva es consecuencia de una "autopuesta en peligro", etc. En realidad, estamos aquí ante un fundamento material distinto. De lo que se trata es de los tipos penales -y especialmente, los tipos de resultado, "pobres" en elementos descriptivos de la conducta- deben ser completados, en todo caso, con elementos normativos que determinen, más allá de la mera realización fáctico-externa de la conducta típica<sup>169</sup>, que en el plano objetivo la conducta es una expresión de sentido típica. Ese "complemento" normativo se corresponde en lo esencial con lo esbozado por **Welzel** en su teoría de la adecuación social como categoría del tipo objetivo.

---

<sup>169</sup> Cosa de la que nadie duda en el ámbito de los delitos de comisión por omisión, como señaló ya hace tiempo **Jakobs**, ZStW 89 (1977), p.

¿Qué consecuencias cabe extraer de esto para el entendimiento de la teoría de la imputación objetiva? En primer lugar, parece que las razones existentes para un entendimiento normativo del tipo no quedan limitadas a los delitos de resultado, como se ha señalado por un significativo sector de la doctrina<sup>170</sup>. Pero además, y ello es de mayor relevancia para el sector de problemas que aquí interesa -ligado a delitos de resultado<sup>171</sup>-, aún dentro de los delitos de resultado, parece que no hay razón alguna para intentar vincular todos los elementos de la teoría de la imputación objetiva a la producción del resultado, como se hace con el "principio del riesgo", que en cierto modo "acompaña" al curso lesivo desde la creación del riesgo hasta la realización del mismo en el resultado. De este modo, la teoría de la imputación objetiva quedaría configurada por dos raíces distintas: la determinación de la tipicidad de la conducta y los problemas específicos de la conexión del resultado con esa conducta<sup>172</sup>. Desde esta perspectiva, parece más razonable entender que algunos de los elementos incluidos por la opinión doctrinal ma-

---

<sup>170</sup> Cfr. las referencias contenidas *supra* § 3 I. B. en nota.

<sup>71</sup> Cfr. *supra* § 1 I.

<sup>172</sup> Y ello con independencia de cuál sea el peso sistemático que se asigne al resultado en la teoría del delito, ya sea como elemento indisolublemente ligado a los demás elementos de la tipicidad objetiva (como es el punto de vista mayoritario, cfr. sólo Roxin, AT I<sup>2</sup>, 11/42; Jakobs, AT<sup>2</sup>, 7/4b con nota 2a) o que se considere que éste ocupa una posición distinta en el ámbito de la tipicidad (W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 9 y ss., 67 y s., *passim*; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 92 y ss., 107 y ss.; Mir Puig, PG<sup>4</sup>, 10/48; Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, pp. 34 y s., 434 y ss., Silva Sánchez, *Aproximación*, pp. 415 y ss.).

yoritaria -singularmente, por Roxin- en el "tercer escalón" del "alcance del tipo" -a analizar de acuerdo con este sector después de la creación y realización de riesgos- forma, más bien, parte de los elementos de determinación general de la tipicidad de la conducta<sup>173</sup>.

Por otro lado, en segundo lugar, desde esta perspectiva no pueden resultar convincentes las críticas que se han planteado en el sentido de que la teoría de la imputación objetiva estaría usurpando determinadas cuestiones pertenecientes a lo subjetivo. Pues si de lo que se trata es de una determinación general de los límites de la tipicidad objetiva en el sentido de externo-general, no puede ser decisivo que los datos introducidos en este juicio sean, desde un punto de vista externo-natural, de naturaleza "objetiva" o

---

<sup>173</sup> Como han señalado, sobre todo, W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 23 y ss., 33 y ss., 66; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 365 y ss.: "...con esta ulterior limitación de la imputación objetiva realmente lo que se está negando o afirmando es su presupuesto: la creación de un riesgo típicamente relevante" (p. 366); vid. también Luzón Peña, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: *idem: Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>, pp. 108 y s.: "...se está sobrecargando indebidamente el ámbito de la imputación objetiva del resultado con problemas que pueden y deben resolverse en otro lugar distinto dentro de la estructura del tipo..." (como se verá [cfr. *infra* § 6 II. B. 2.], Luzón Peña quiere encontrar la solución en el ámbito de la determinación de la autoría).

En particular, esta reubicación afecta desde la perspectiva aquí adoptada precisamente al ámbito de supuestos que constituye el centro de preocupación del presente estudio: aquellos casos en los que se produce una interacción entre autor y víctima, de modo que el suceso resulta imputable al ámbito de responsabilidad de ésta última (cfr. *infra* § 9 I. A. y B. 2. a), casos que se han ubicado por la doctrina a la que se hacer referencia -distinguiendo "autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro", vid. *infra* § 6 I.- en el escalón del "alcance del tipo". Otras de las constelaciones de casos en cuestión, sin embargo, deben localizarse en el ámbito de la imputación de resultados en sentido estricto (vid. *infra* § 9 II. B.).

"subjetiva". Al igual que otros datos del contexto que permiten esa valoración objetiva en el sentido de general, un dato subjetivo como el conocimiento de determinado hecho puede incluirse en el tipo objetivo<sup>174</sup> sin que se destruyan las barreras entre tipo objetivo y subjetivo: pues la valoración en la que es introducida ese dato es distinta de la que procede realizar en el tipo subjetivo. Esta diferenciación en cuanto al contexto relevante para efectuar el juicio de tipicidad puede incluso trasladarse dentro de la teoría de la imputación objetiva: desde esta perspectiva, las distintas instituciones dogmáticas que la configuran pueden obtener su diferente posición sistemática en función de la clase y cantidad de datos que se incorporen desde el contexto al juicio de imputación, yendo desde valoraciones más abstractas hasta la introducción de elementos más concretos del contexto<sup>175</sup>.

Es cierto, entonces, que la teoría de la imputación objetiva -como se decía al principio- viene a reformular la tipicidad objetiva. Desde esta perspectiva, implica la introducción de elementos valorativos que delimitan cuáles son los límites de la libertad de actuación, implica, en este sentido, el establecimiento de esferas de responsabilidad. Como se espera poder mostrar a lo largo del presente estudio, uno de los

---

<sup>174</sup> En relación con el problema objeto de análisis en el presente estudio, vid. *infra* § 5 II. C., § 9 I. 3. y § 10 II. B.

<sup>175</sup> En el presente trabajo, vid. *infra* § 9 I. B

sectores en los que la imputación objetiva puede ser el marco sistemático adecuado es el relativo a la cuestión de la determinación de esos ámbitos de responsabilidad en los casos en los que concurre en la génesis de un riesgo la persona que posteriormente resulta lesionada.



## **Segunda Parte**

**Modelos dogmáticos de solución en**  
-----  
**doctrina y jurisprudencia**  
-----

## Introducción

.. En las páginas que siguen, se intentará dar el primer paso para cualquier desarrollo dogmático: un análisis crítico del estado de la cuestión. Como se verá a continuación, esta tarea presenta en el caso de la problemática que aquí interesa especiales dificultades, pues en cierto modo aún no se ha alcanzado siquiera una discusión unitaria del problema.

Ya se ha señalado<sup>1</sup> que desde una perspectiva general, el lugar común del reciente "redescubrimiento de la víctima" por las ciencias penales, es decir, su pretendida falta de consideración hacia la figura de la víctima hasta hace poco tiempo, no se ajusta completamente a la realidad. De hecho, lo cierto es que -en lo que se refiere al ámbito concreto de la dogmática jurídico-penal- puede constatarse que la víctima ha estado presente en las elaboraciones jurisprudenciales y doctrinales desde fechas muy tempranas. Lo que sí se puede decir, en cambio, es que la atención al comportamiento de la víctima se ha venido produciendo hasta cierto punto de modo "encubierto", emboscado en instituciones dogmáticas no con-figuradas específicamente para el problema. De todos modos, las primeras aproximaciones dogmáticas a la materia guardan en algunos casos gran similitud con determinados elementos

---

<sup>1</sup> Cfr. *supra* § 1 I.

presentes en las posturas defendidas en la discusión actual, y, a pesar de ello, merecen en general poca atención en el debate doctrinal del momento<sup>2</sup>.



2. Sin embargo, esta relativa falta de atención por parte de los participantes en el debate respecto de las soluciones propuestas desde otros puntos de vista no se produce únicamente respecto de aquellas aportaciones a la solución de la problemática que ya se podrían calificar de históricas o "tradicionales", sino que puede constatarse una fragmentación notable también en el debate actual. La discusión se produce en gran medida bajo distintos "rótulos dogmáticos", sin tener en cuenta a veces los argumentos y problemas materiales idénticos planteados desde otras perspectivas<sup>3</sup>. En este sentido, puede decirse que esta dispersión en el trata-

---

<sup>2</sup> Así lo subraya acertadamente **Torío López**, LH Fernández Albor, p. 714, llamando con razón la atención sobre el hecho de que en la doctrina actual se obvian aportaciones históricas muy relevantes (cfr. aquí sobre todo *infra* § 4 I.).

<sup>3</sup> Puede servir de ejemplo de lo dicho el hecho de que uno de los estudios más destacados publicados últimamente sobre la incidencia de la conducta de la víctima en la valoración jurídico-penal del hecho, la monografía de **Walther** (*Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken*, 1991), de la que se ha dicho que contiene "...el tratamiento monográfico probablemente más exhaustivo de este ámbito hasta el momento" (**Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, p. 55, nota 189; *idem*, GA 1993, p. 242; sobre la aportación de **Walther**, cfr. en el presente estudio sobre todo *infra* § 6 II. B. 3.) no dedique prácticamente ninguna atención a las concepciones "victimodogmáticas" (en el presente trabajo, cfr. *infra* § 7), a pesar de que éstas han ocupado un espacio muy amplio en la discusión reciente, y ello sobre todo en Alemania.

miento dogmático ha conducido a que el debate doctrinal sobre la intervención de la víctima sea en alto grado desordenado y confuso<sup>4</sup>. En cierta medida, los planos sistemáticos elegidos para el tratamiento en cada caso son a veces expresión de una determinada postura previa en cuanto a la solución material que posteriormente se pretende adoptar en los casos tipo más frecuentes en la práctica. Y, por otro lado, también puede pensarse que los diversos puntos de partida responden a un traslado tácito de distintas categorizaciones fenomenológicas<sup>5</sup> como base metodológica. En este sentido, cabría decir *grosso modo*, por ejemplo, que la ubicación del problema en el ámbito de la institución del consentimiento suele ir unida a una postura más bien restrictiva en cuanto a una posible exención o atenuación de la responsabilidad penal del autor. En cambio, suelen ser más abiertas a contemplar tal exención o atenuación aquellas construcciones que pretenden crear marcos sistemáticos propios, especialmente dentro de una teoría de imputación objetiva. Por otro lado, a su vez la asunción -tácita o expresa- de determinadas sistematizaciones fenomenológicas, como base de la solución a dar, en ocasiones es también fruto de una postura

---

<sup>4</sup> También resaltan la confusión y falta de claridad que impera en la discusión doctrinal sobre la cuestión, por ejemplo, Roxin, FS Gallas, pp. 251 y s.; Schaffstein, FS Welzel, 557; Schünemann, JA 1975, p. 716; Dach, Einwilligung, p. 7; R. Hassemer, Schutzbedürftigkeit, pp. 83 y s.; Dölling, GA 1984, p. 73; Fiedler, Fremdgefährdung, pp. 113 y s.; Da Costa Andrade, Consentimento e acordo, p. 284; Derksen, Handeln auf eigene Gefahr, p. 28.

<sup>5</sup> Cfr. *supra* § 1 II

previa en cuanto a los límites de la exención: por ejemplo, en la admisión de estructuras de participación y autoría como criterio de partida, ya se halla en cierto modo preconcebida la solución de valorar la cercanía del comportamiento arriesgado con la ejecución material como circunstancia esencial a la hora de enjuiciar jurídico-penalmente la intervención de la persona que actúa junto con la víctima.

Esta situación recuerda, desde luego, la discusión a veces meramente nominalista (en el sentido de que carece de repercusión sobre la resolución de casos concretos) planteada en general en torno a las tendencias hacia la normativización que se observan últimamente en la teoría del tipo objetivo<sup>6</sup> y tiene los mismos inconvenientes de tales discusiones.

3. Las distintas ideas rectoras que se encuentran en las distintas aproximaciones a la cuestión pueden ordenarse en varios grupos en función de los modelos de solución fundamentales -paradigmas- que subyacen a las distintas construcciones dogmáticas.

a) En un primer grupo<sup>7</sup> cabría reunir aquellos puntos de partida que se mantuvieron sobre todo en una primera fase histórica del tratamiento de los supuestos de actividades

---

<sup>6</sup> Cfr. *supra* § 3 I.

<sup>7</sup> Cfr. *infra* § 4 I. y II.

arriesgadas conjuntas de víctima y autor: se trata, por un lado, de determinadas reformulaciones operadas en el marco de la teoría de la causalidad para tener en cuenta la conducta de la víctima. Dentro de estas soluciones, ha de destacarse la doctrina del TS de la "conurrencia de culpas", que desde hace más de dos décadas viene siendo el instrumento de mayor importancia práctica en el tratamiento del comportamiento de la víctima en España y que quizás no ha recibido la atención necesaria por parte de la teoría. En este sentido, y desde la perspectiva de intentar tener presente la actividad de los tribunales en el análisis dogmático, parece necesario un examen de cierta profundidad de la jurisprudencia en esta materia. Por otro lado, se pueden incluir aquí también algunas soluciones propuestas dentro de la dogmática del delito imprudente, especialmente en lo que se refiere a la previsibilidad y al deber objetivo de cuidado. A pesar de que estas soluciones, como se ha dicho, se presentaron con especial frecuencia en una primera fase de desarrollo dogmático del problema, la razón de su tratamiento conjunto en el presente estudio no está en la adscripción a una determinada etapa de evolución (de hecho, algunas de ellas siguen siendo defendidas en la doctrina o aplicadas por los tribunales en el momento actual), sino que esta razón se encuentra en su limitado nivel de especificidad respecto del problema tratado. Esto es, se trata de aproximaciones que no recurren a la construcción de instrumentos dogmáticos específicos, sino que intentan resolver los pro-

blemas planteados en el marco de instituciones dogmáticas ya existentes. En este sentido, a la hora de determinar cuál es el paradigma fundamental de estas aproximaciones, se verá que éste consiste en ofrecer un marco sistemático en el que puedan desarrollarse con cierta libertad las opciones de equidad del juzgador, es decir, que consiste precisamente en abrir un espacio a distintos criterios materiales. En este sentido, puede decirse que el criterio fundamental consiste precisamente en no establecer tal criterio, sino establecer un marco dogmático para la introducción de criterios materiales de modo encubierto.

b) En un segundo grupo se presenta la perspectiva material que (aunque con muy diversas matizaciones) cabe estimar mayoritaria: las soluciones que intentan aplicar determinados parámetros derivados de la institución del consentimiento al problema<sup>8</sup>. Aunque ello no suele señalarse en la doctrina, esta perspectiva se encuentra no sólo entre quienes afirman abiertamente que el consentimiento debe ser el criterio de solución, sino que se halla "infiltrada" en otras muchas construcciones dogmáticas que incorporan en sus respectivas definiciones algún tipo de rudimento de consentimiento. El paradigma fundamental es aquí, evidentemente, la idea de que lo decisivo es lo que haya asumido conscientemente la víctima, hasta dónde llegue su consentimiento.

---

<sup>8</sup> Cfr. *infra* § 5.

c) En el tratamiento del tercer grupo se intenta exponer la aproximación que ha sido desarrollada con mayor énfasis en los últimos tiempos, especialmente en la doctrina alemana: las posturas que parten de la diferenciación entre "participación en una autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro"<sup>9</sup> como base de la solución. Como se verá, el paradigma subyacente a esta aproximación consiste en atribuir una relevancia decisiva a cómo se reparta la ejecución de la actividad arriesgada entre víctima y autor.

d) En un cuarto grupo se sitúan aquellas posturas que, sobre todo bajo la bandera genérica de la victimología, han introducido la idea del "merecimiento de protección" en la discusión, especialmente mediante el establecimiento del así llamado "principio victimológico" como criterio de exención de responsabilidad respecto del autor<sup>10</sup>. Después del análisis de estas aportaciones se concluirá que su paradigma se halla en deducir de las posibilidades fácticas de autoprotección de la víctima la necesidad de que sea ella la que responda del suceso lesivo, lo que significa que el autor queda exento de responsabilidad jurídico-penal.

---

<sup>9</sup> Cfr. *infra* § 6.

<sup>10</sup> Cfr. *infra* § 7



4. En el análisis que sigue en esta segunda parte del presente estudio, el centro de atención estará sobre todo -como se puede apreciar después de lo acabado de decir- en la perspectiva material subyacente a las distintas aportaciones, dejando en un segundo plano las cuestiones relativas a la ubicación sistemática de las distintas construcciones dogmáticas, cuestiones que cobrarán protagonismo en la tercera parte, en la que se intentará esbozar una propuesta de tratamiento dogmático de la problemática.

Como fácilmente se advertirá, con esta panorámica no se pretende en modo alguno una reconstrucción exhaustiva desde el punto de vista cronológico de la evolución de las posturas dogmáticas. En efecto, la aproximación que aquí quiere realizarse ni sigue un criterio histórico, ni siquiera guarda una unidad temática rigurosamente centrada en la exposición cerrada de las posturas desarrolladas por cada autor o en cada doctrina jurisprudencial. En verdad, lo que se pretende es realizar una exposición temática y no cronológica, en el sentido de resaltar las ideas centrales que se han construido para la solución del problema que es aquí objeto de análisis. Y de hecho, los paradigmas antes enunciados (como la idea del consentimiento de la víctima o de la separación de conductas de participación y de autoría) aparecen bajo distintos ropajes en concepciones ubicadas en sedes sistemáticas diversas. El procedimiento aquí elegido, centrado, como se acaba de decir, sobre todo en los conceptos materiales

básicos de las distintas aproximaciones dogmáticas, parece preferible a una reconstrucción estrictamente cronológica u ordenada exclusivamente con base en los distintos planos dogmáticos utilizados, y ello por varias razones. En primer lugar, se quiere así evitar en la medida de lo posible confusiones terminológicas -frecuentes en la discusión actual-, producidas tanto por el carácter en cierta medida disperso y nominalista de la discusión como por el largo período de evolución (con las consiguientes modificaciones sistemáticas en la teoría del delito) de la discusión dogmática. Y en segundo lugar, se pretende poder extraer las diversas consideraciones normativas de base que subyacen a las distintas construcciones dogmáticas. Es decir, se intentará sintetizar el material esencial para intentar proponer un ulterior desarrollo del tratamiento dogmático, superando así el obstáculo de la fragmentación y desconexión de la que adolece la discusión, y buscando, por el contrario, en las distintas aproximaciones líneas permanentes enturbiadas precisamente por ese nominalismo. Finalmente, se quiere evitar al lector una tediosa enumeración de las numerosas soluciones de detalle existentes, enumeración que forzosamente habría de ser repetitiva. Si se lograra reconstruir los rasgos básicos de los distintos modelos de solución que subyacen a las muy diversas aproximaciones dogmáticas, quedaría cumplido el objetivo de esta parte del presente estudio.

5. Parece claro que en todo campo de la dogmática es necesario intentar contribuir a la clarificación de un cúmulo de soluciones dispersas y poco interrelacionadas, para que pueda cumplirse el objetivo de todo desarrollo dogmático -en las famosas palabras de Gimbernat Ordeig- de sustraer al Derecho penal "a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación"<sup>11</sup>.

Pero quizás puedan encontrarse aún más razones que imponen intentar lograr cierta coherencia y claridad en la construcción dogmática en un sector que, como se ha dicho, combina la necesidad de la función de garantía frente al potencial autor con la necesidad de explicar por qué puede llegarse a negar a la "víctima" la protección del Derecho penal en caso de pronunciarse a favor de una exención de responsabilidad penal al autor<sup>12</sup>: recordando la formulación de Arzt a la que ya se ha hecho referencia al principio de este estudio, "La dogmática jurídico-penal está llamada a hacer visible y consciente... la denegación de la protección del Derecho penal... en vez de ocultar esta decisión dolorosa para po-

---

<sup>11</sup> "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?", en: *Estudios de Derecho penal*<sup>3</sup>, p. 158; sobre las funciones y límites de la dogmática cfr. además, por todos, Roxin, AT I<sup>2</sup>, 7/30 y ss., 7/32 y ss. y Mir Puig, "Dogmática creadora y política criminal", en: *idem*, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 11 y ss.

<sup>12</sup> Que a su vez será siempre una atribución a la víctima, lo que impone un exquisito cuidado a la hora de la elaboración de sus presupuestos; cfr. en este sentido Zaczyk, *Selbstverantwortung*, p. 2; vid. supra § 1 I

tenciales víctimas en la penumbra de un principio fáctico de oportunidad."<sup>13</sup>

/, por supuesto, de igual modo debe tenerse en cuenta que también deberá hacerse "visible y consciente" cuáles son las razones por las que, en su caso, un suceso en el que junto al autor ha intervenido quien posteriormente resulta lesionado, debe atribuirse al ámbito de responsabilidad del primero. Es decir, también desde la perspectiva del autor es necesario explicitar cuáles son los contornos de la responsabilidad de la víctima.

Como es natural, esta aplicación tácita -y por ello, más susceptible de utilización arbitraria- de criterios de exención o no exención del autor en los supuestos en los que concurre un comportamiento de la víctima *prima facie* relevante aparece con mayor frecuencia en el marco de aquellas concepciones que conceden menor autonomía sistemática en la teoría del delito a la intervención de la víctima en el desarrollo de la actividad arriesgada. Aún así, dentro de la evolución de las distintas aproximaciones dogmáticas cabe advertir -y, como se verá, también en la más reciente doctrina del TS- una tendencia a dar entrada de modo explícito a consideraciones que atribuyen importancia al comportamiento de la víctima respecto del tratamiento jurídico-penal del

---

<sup>13</sup> Arzt, MSchrKrim 67 (1984), p. 111.

autor.

#### § 4 Primeras formas de tratamiento dogmático del ----- comportamiento de la víctima -----

Las primeras aproximaciones a la problemática de la intervención de la víctima, que son las que corresponde tratar ahora, se caracterizan en lo fundamental, como se acaba de decir, por proponer soluciones que se enmarcan dentro de instituciones dogmáticas generales, es decir, soluciones no elaboradas específicamente para la cuestión de la intervención de la víctima.

En un modelo de "tipos ideales", podrían distinguirse respecto del problema que aquí interesa tres aproximaciones en esta línea: un primer momento -más reacio a atribuir relevancia al comportamiento de la víctima- en el que se niega relevancia a la conducta de la víctima en el plano objetivo, y sólo excepcionalmente se admite que -adoptando la perspectiva subjetiva del autor- la conducta de la víctima puede hacer desaparecer la previsibilidad de la lesión o del riesgo<sup>14</sup>. En un segundo momento, se intenta recoger la influencia del comportamiento de la víctima a través de la teoría de la causalidad. Esta perspectiva es la que hasta el momento impera de modo mayoritario en la *praxis* jurisprudencial española, pues en este contexto teórico hay que situar el tratamiento de la cuestión realizado por el TS con su doc-

---

<sup>14</sup> Cfr. *infra* § 4 II. A

trina de la concurrencia causal de culpas<sup>15</sup>. También es ésta la línea en la que se pueden enmarcar las aproximaciones al problema existentes en los ordenamientos anglosajones<sup>16</sup>. Finalmente, en tercer lugar, y enlazando con aproximaciones más modernas tratadas en posteriores apartados de este estudio, se reconoce abiertamente el carácter normativo de la cuestión, situándola sistemáticamente en el elemento del deber objetivo de cuidado en el marco del delito imprudente<sup>17</sup> o -de modo genérico- como problema de la imputación objetiva de resultados<sup>18</sup>. En todo caso, estos tres tipos ideales ni se suceden de modo absolutamente lineal ni aparecen, en la mayoría de las ocasiones, en estado puro. Por el contrario, los argumentos se entrecruzan y se aducen en distintas fases temporales. En este sentido, al aludirse en este punto a las "primeras" aproximaciones, lo que se quiere decir es que son las primeras construcciones desde el punto de vista conceptual del desarrollo sucesivo de instrumentos dogmáticos adecuados para aprehender la relevancia de la

---

<sup>15</sup> A la que aquí se le dedicará una atención especial, teniendo en cuenta, en primer lugar, la enorme relevancia práctica de esta línea jurisprudencial, y, en segundo lugar, que quizás no ha merecido demasiadas reflexiones dentro de la doctrina, al menos desde la perspectiva de la relevancia del comportamiento de la víctima en el sistema jurídico-penal de imputación; cfr. *infra* § 4 I. A. y B.

<sup>16</sup> Cfr. *infra* § 4 I. A. 4

<sup>17</sup> Cfr. *infra* § 4 II. B.

<sup>18</sup> Cfr. *infra* § 4 I. B. 1. e) respecto de esta ubicación sistemática que en ocasiones aparece en la jurisprudencia del TS.

conducta de la víctima en el sistema de imputación; dicho de otro modo, se trata de las aproximaciones menos específicas.

I. "Compensación de culpas", "concurrencia de  
-----  
conductas" y causalidad  
-----

La primera de las aproximaciones al problema que aquí interesan se caracteriza fundamentalmente por pretender resolver el problema de imputación generado por la conducta de la víctima como problema causal. En este contexto, el objeto fundamental de análisis será la jurisprudencia del TS, cuya solución actual precisamente puede ser encuadrada en esta perspectiva sistemática. En efecto, como se acaba de decir, la praxis jurisprudencial del TS a la hora de valorar la conducta de la víctima que contribuye a su lesión ha desarrollado una doctrina propia, llamada de "concurrencia de culpas", que se ha convertido en un instrumento de uso muy frecuente. A pesar de que se trata de una aproximación que muestra unas características propias que difieren de modo muy considerable de las soluciones propuestas en la doctrina y aplicadas por los tribunales de otros países de nuestro entorno, esta doctrina jurisprudencial no ha despertado demasiado interés en la bibliografía española. En lo que sigue, se intentará esbozar el origen de esta jurisprudencia, el contexto teórico en el que debe encuadrarse y su ámbito



de aplicación. Como consecuencia de este análisis -aparte de la constatación de la existencia de sorprendentes paralelismos con ciertas líneas jurisprudenciales en el ámbito jurídico anglosajón- se comprobará que nuestra jurisprudencia aún a un tratamiento muy anquilosado en su formulación teórica con una posición de gran interés -al menos, en alguno de los sectores de casos abarcados- por su originalidad en el plano material.

**A. De la no compensación de culpas a la "conurrencia de culpas"**

**1. Compensación de culpas y concurrencia de culpas**

La mención a la institución jurídico-civil de la "compensación de culpas" aparece en la doctrina jurídico-penal con regularidad para negar inmediatamente su operatividad en Derecho penal<sup>19</sup>. Bajo la bandera de la afirmación de que no hay compensación de culpas en Derecho penal, durante mucho tiempo también el TS se negó a reconocer -al menos, a hacerlo de modo abierto- influencia alguna a la intervención de la víctima en la génesis del riesgo.

---

<sup>19</sup> En este sentido, Torio López, LH Fernández Albor, p. 710; cfr. la acertada interpretación realizada por Mir Puig, ADPCP 1991, pp. 261 y s., de la institución de la compensación de culpas en el campo del Derecho civil como mero mecanismo de reparto de riesgos, de reparación económica (por medio de atribuciones objetivas), por tanto, sin infracciones ni culpabilidad: no se trata de un "castigo" civil.

Así, por poner algún ejemplo perteneciente a esta etapa de evolución de la jurisprudencia, al enjuiciar la conducta de un automovilista que había atropellado a dos peatones que cruzaban de modo descuidado la calzada tras bajarse del tranvía, el TS rechaza la alegación de que fue el descuido de las víctimas la causa del accidente sosteniendo que "...aun siendo cierto el deber en el peatón de atravesar con cautela las calzadas..., es indudable que tal deber ha de ceder ante el que tiene el conductor de vehículo tan peligroso como el automóvil, de ser siempre dueño de los movimientos de éste..."<sup>20</sup>. La irrelevancia de la conducta de la víctima queda establecida de modo expreso como principio, por ejemplo, en una sentencia poco posterior: en un caso en el que una ciclista, que circulaba a velocidad excesiva y de modo incontrolado, embistió a un automóvil que no había respetado la preferencia de la ciclista, muriendo ésta, el TS afirma que debía condenar sin atenuación alguna al automovilista "...sin que sea óbice contribuyese [sic] el proceder de la víctima a la realización de su propio mal, si se recuerda es [sic] antigua doctrina de esta Sala la de no caber compensaciones de imprudencias, lo cual hace exigible la responsabilidad de quien cometa alguna, por los resultados funestos que sobre otra persona acarree en concurrencia de las dos conductas poco previsoras."<sup>21</sup>

Puede constatar, en suma, que en numerosas sentencias no se tiene en cuenta en absoluto la conducta de la víctima que

---

<sup>20</sup> STS 7.3.1934 (JC 121), formulación que coincide con el llamado "principio de desconfianza" en materia de tráfico rodado en la antigua jurisprudencia alemana. Respecto la pervivencia de esta idea en la jurisprudencia más reciente ("principio de defensa"), vid. por todos Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, pp. 331 y s.; cfr. también las referencias *infra* § 4 II. A. 2.

<sup>21</sup> STS 31.4.1947 (JC 253).

contribuye al daño: en algunos casos, prescindiendo de cualquier referencia a la conducta de la víctima<sup>22</sup>. En otros, afirmando de modo mecánico que el comportamiento de ésta carece de relevancia en materia penal: en este sentido, se ha convertido a lo largo de muchos años y hasta el día de hoy en una especie de cláusula de estilo jurisprudencial -de modo acorde con la doctrina de la época<sup>23</sup>- la afirmación de que "no cabe compensación de culpas en Derecho penal"<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> En este sentido, desde el principio hubo casos en la jurisprudencia del TS en los que el tribunal, a pesar de concurrir una conducta claramente favorecedora de la lesión por parte de la víctima, descartó a limine valorar de algún modo esta circunstancia. Por ejemplo, en la STS 29.5.1873 (JC 284) se trataba de un títburi que circulaba a velocidad superior a la permitida y arrolló a un peatón que se comportó igualmente de modo descuidado -sin subirse a la acera, aún habiendo sido advertido-, produciéndose la muerte de éste; a pesar de que el recurso se refiere expresamente a la "imprudencia" de la propia víctima, esta circunstancia queda fuera de consideración. Lo mismo sucede -el TS omite valorar la alegación de imprudencia de la víctima formulada en el recurso-, ya respecto de conductas descuidadas de peatones en relación con vehículos de motor, por ejemplo, en las STS 2.2.1934 (JC 53); 3.2.1934 (JC 61); 3.6.1935 (JC 117).

<sup>23</sup> Cfr. respecto de la jurisprudencia del TS las referencias en Quintano Ripollés, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, p. 321 y Joshi Jubert, ADPCP 1989, p. 732. En contra de la admisión de la compensación de culpas entre la doctrina, cfr., por ejemplo, v. Liszt/Eb. Schmidt, *Lehrbuch*, p. 165; Jiménez de Asúa, *Tratado V*, p. 1085, quien constata una "rara unanimidad" de los autores en esta postura, Cuello Calón, PG 1<sup>8</sup>, p. 482; Quintano Ripollés, ADPCP 1954, pp. 55 y s.; Vilar Badía, RDCir 1976, p. 331. También se invoca el axioma en la doctrina italiana; cfr., por ejemplo, Mantovani, PG, p. 240.

<sup>24</sup> Dentro de la jurisprudencia del TS se pronuncian expresamente en el sentido de rechazar la compensación de culpas en Derecho penal, por ejemplo, las STS 20.9.1939 (RA 124); 29.9.1939 (RA 129); 18.3.1942 (RA 373); 29.1.1943 (RA 67); 2.2.1943 (RA 168); 11.1.1945 (RA 86); 31.5.1947 (JC 253); 8.10.1947 (JC 359); 28.9.1979 (RA 3166); 4.7.1984 (JC 1062); 25.9.1986 (JP 1149); 30.12.1987 (JP 2603); 26.12.1989 (RA 9788); 8.2.1991 (RA 923); 25.2.1991 (RA 1412).

Sin embargo, bajo esa apariencia de rechazo tajante de cualquier consideración que tienda a atenuar la responsabilidad del autor en virtud de la intervención de la víctima en la génesis del riesgo, como se ha anticipado, ha ido desarrollándose en la jurisprudencia del TS una *praxis* que contradice ese rechazo -que verbalmente sigue manteniéndose- y que conlleva, como se verá, la atribución de relevancia a la conducta de la víctima a la hora de determinar la responsabilidad jurídico-penal del autor.

En esta aproximación jurisprudencial, se ubica la cuestión en el ámbito de la causalidad bajo el rótulo de la doctrina de la "concurrency de culpas" o "de conductas"<sup>25</sup> (doctrina que en ciertos casos se sigue entrecruzando con otros modelos de argumentación que a veces son utilizados indistintamente<sup>26</sup>). Se trata de una línea jurisprudencial que si bien, como se verá a continuación, cuenta en la doctrina científica española con destacados precursores, ha sido adoptada por la jurisprudencia del TS a partir de la década de los seten-

---

<sup>25</sup> La terminología del TS no es uniforme. Si bien en la mayoría de los casos habla de "concurrency (o "interconcurrency" o "concurso") de culpas", también utiliza en ocasiones indistintamente la expresión "concurrency de conductas" para designar su doctrina; así de modo claro, por ejemplo, en la STS 25.2.1991 (RA 1412): "No cabe hablar de compensación de culpas, pero sí de concurrency de culpas o de conductas".

<sup>26</sup> Dice con razón Torío López (LH Fernández Albor, p. 711) que se utiliza un "lenguaje no dogmático"; cfr. *infra* en el texto respecto de la combinación de la doctrina de la concurrency de conductas con la afirmación de falta de previsibilidad.

ta<sup>27</sup>. Con anterioridad a la aparición de esta doctrina "explícita", como se verá, el TS había utilizado otras vías menos claras para tener en cuenta la contribución de la víc-

---

<sup>27</sup> La nueva línea jurisprudencial empieza a asentarse en la década de los setenta; la STS 12.7.1989 (RA 6178) afirma que fue la STS 14.4.1970 (JC 442) la que "abrió una brecha de gran importancia en el principio de no compensación de culpas en materia penal que hasta entonces había imperado en la jurisprudencia"; esta resolución se refería a un supuesto en el que un conductor que circulaba a velocidad demasiado elevada -a juicio del tribunal de instancia- arrolló a una niña que entró de improviso en la calzada. En opinión de Zubiri de Salinas (en: CGPJ [ed.], *Causalidad e imputación objetiva*, p. 199), la valoración de la conducta de la víctima "...comenzó a tener importancia, cuantitativa y cualitativamente, a partir de la década de los años sesenta...", en relación con el tráfico de automóviles; si bien es cierto que aumenta el número de resoluciones que se enfrentan al problema, está claro que ya en la jurisprudencia anterior -antes de la adopción de la doctrina de la concurrencia de culpas- aparecían numerosos supuestos de hecho equivalentes; cfr. *infra* en el texto.

En lo que se refiere a la aparición de la doctrina de la concurrencia de culpas, cabe citar como una de las primeras sentencias en las que el TS habla de "degradar" la culpa del autor (en este caso, aprobando tácitamente el proceder en ese sentido del tribunal de instancia) la STS 15.11.1969 (JC 1999) (cfr. la nota de Luzón Domingo en relación con esta resolución, RDCir 1970, pp. 80 y ss.), en la que se enjuiciaba un supuesto en el que se había producido una colisión entre un motorista que conducía a velocidad excesiva y por el lado izquierdo de la calzada (perdiendo éste la vida) y el procesado, automovilista que se introdujo de modo imprudente (sin respetar la preferencia que correspondía a la calle por la que se aproximaba el motorista) en la vía por la que circulaba el motorista. El tribunal afirma que "...sin que sirva para exonerar de culpa al procesado el argumento de que el conductor de la motocicleta iba a velocidad excesiva y por el lado izquierdo de la calzada, porque aquí no se trata de enjuiciar más que el comportamiento del conductor del automóvil, ya que la culpa en que pudo incurrir el otro conductor, que ya pago con la vida, no le libera de la responsabilidad inherente a sus propios actos, a pesar de lo cual la tuvo en cuenta el Tribunal sentenciador para degradar a culpa con infracción de Reglamentos, la que de otro modo hubiese sido necesario calificar de conducción temeraria". Cabe encontrar, de todos modos, alguna sentencia anterior en la que el TS "degrada" la imprudencia de temeraria a simple afirmando que la previsibilidad no era suficiente para estimar la concurrencia de imprudencia temeraria (STS 18.4.1934 [JC 197]).

En la actualidad, Joshi Jubert (ADPCP 1989, p. 733) considera -acertadamente, desde la perspectiva aquí adoptada- que la doctrina de la concurrencia causal de culpas es ahora la doctrina jurisprudencial mayoritaria; aunque esta apreciación es cierta, hay que constatar que últimamente el TS ubica alguno de estos casos bajo el rótulo de la imputación objetiva; cfr. *infra* en el texto.

tima: sobre todo, negando la previsibilidad del resultado<sup>28</sup> o acudiendo en algunos casos a la idea de interrupción del nexo causal<sup>29</sup>.

En cuanto al rechazo para el ámbito jurídico-penal del mecanismo de compensación de culpas, propio del Derecho civil -y como constatación previa-, parece obvio que -con independencia de la concepción sobre la ubicación dogmática de la imprudencia que quiera adoptarse- el carácter público del ordenamiento penal impide una especie de compensación interpersonal privada al margen del precepto posiblemente infringido por el autor. Como ya decía **Jiménez de Asúa**<sup>30</sup>, "Nuestro Derecho es de carácter público y no puede hacer estas clases de transacciones. La pena no existe para satisfacción del agraviado..."<sup>31</sup>. El mismo TS lleva a cabo un análisis histórico dogmático-jurisprudencial al respecto:

"Durante bastante tiempo, en razón, por una parte, al cariz público de los intereses en juego en el ámbito del Derecho punitivo que, por su generalidad y principalidad, no pueden quedar a merced de apreciaciones particulares, relegables a la esfera del Derecho privado, desde el momento que busca el primero, con intencionalidad directa, la sanción de actos de signo antisocial mediante la imposición de una pena, de tal modo que la conducta del perjudicado, cualquiera que fuese su magnitud, no

---

<sup>28</sup> Cfr. *infra* § 4 II. A.

<sup>29</sup> Cfr. *infra* § 4 I. A. ?

<sup>30</sup> *Tratado V*, p. 1086.

<sup>31</sup> En el mismo sentido, cfr. por todos **Antón Oneca**, *PG I* 1<sup>1</sup>, p. 227; **Quintano Ripollés**, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, p. 321 y **Luzón Peña**, "Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>, p. 77.

puede tener virtualidad para aminorar la justa reacción de la sociedad, así como, por otra, en la imposibilidad de confrontar conductas de naturaleza no homogénea, la doctrina científica más caracterizada vino oponiéndose, de una manera sistemática y reiterada, a la operabilidad de toda estimación compensatoria de culpas en el área penal<sup>32</sup>.

En este sentido, es natural que cuando se hace referencia a la construcción civil, se quiere excluir su aplicabilidad a *limine*. Por ello, cualquier valoración de la incidencia de la conducta de la víctima se coloca en el ámbito del análisis de la realización de los tipos penales en cuestión, es decir, en el marco de la teoría del delito, y no en el de una compensación ajena a ésta.

## 2. La doctrina de la concurrencia de culpas

Como se ha apuntado, la jurisprudencia del TS ha avanzado más allá de la línea de mera negación de la compensación de culpas en Derecho penal. Esta línea jurisprudencial, como se ha anticipado, consistía en proclamar la inaplicabilidad de la compensación de culpas, por un lado, y resolver algunos supuestos de intervención relevante de la víctima en la génesis del riesgo con ayuda de otros elementos de la teoría del delito. La situación varía con la doctrina de la concurrencia de culpas: la víctima aparece expresamente como factor en la valoración de la conducta del autor. El TS se re-

---

<sup>32</sup> STS 29.2.1992 (RA 1509), sin subrayado en el original.

fiere, en la sentencia acabada de citar, a la evolución de su doctrina del siguiente modo:

"En tiempos más recientes, con fundamento en un sentido de justicia, impregnado de equidad, que se rebela contra la tesis de la absoluta inoperancia del proceder culposo de la víctima o perjudicado, cuando éste y el del agente acusan un grado de eficiente culpabilidad en la producción del evento dañoso, abandonada la terminología impropia de 'compensación' y acudiendo a la de 'conurrencia' de culpas, fenómeno que se da siempre que, con la del agente, haya coexistido o confluído la del ofendido o de las víctimas, contribuyendo, concausalmente y en mayor o menor medida, a la producción de un mismo resultado lesivo, la doctrina científica más caracterizada y la de esta Sala indican que la contribución de la conducta culposa de la víctima o perjudicado a la causación del evento dañoso influye sobre la calificación jurídica de los hechos..."<sup>33</sup>

Se comenzó a admitir pues que en ciertos casos es preciso valorar en el plano causal la conurrencia de culpas o de conductas de víctima y autor. Permítase de nuevo acudir al propio TS, que resume su nueva doctrina jurisprudencial del siguiente modo:

"Es doctrina reiterada de esta Sala que si bien no cabe en lo penal la compensación de culpas a la manera del instituto privado de la compensación de obligaciones, es lícito y obligado valorar las

---

<sup>33</sup> STS 29.2.1992 (RA 1509).



conductas concurrentes de todos los protagonistas del hecho, incluida la de la propia víctima, desplazando así el tema desde el plano de la culpabilidad al de la causalidad o, si se prefiere desde el ángulo de la imputación subjetiva al de la imputación objetiva que le es más propio, aunque con la inevitable repercusión de éste en el primero, hasta el punto de que si la actuación del sujeto pasivo de la infracción se estima como causa decisiva y eficiente del resultado, habrá de reputarse la del sujeto activo accidental y fortuita, esto es inculpable, como así mismo, si las conductas del imputado y de la víctima, se revelan igualmente favorecedoras del resultado, según el juicio de prognosis posterior hecho por el Juzgador, habrá lugar a imputar al primero su imprudente conducta, si bien adecuando el grado de su culpa a la mayor o menor eficacia causal de su intervención, lo que permitirá pasar desde la imprudencia grave o temeraria a la leve o simple, ya en su versión anti-reglamentaria, ya en su categoría de mera falta por estar ausente la infracción de preceptos reglamentarios..."<sup>34</sup>

Según el TS, como se acaba de ver, en el análisis es necesario determinar -a través de una ponderación comparativa a realizar en el plano causal- si alguna de las conductas ha tenido "...eficacia preponderante, análoga o de inferioridad, bien entendido que se considerarán principales o preva-

---

<sup>34</sup> STS 26.12.1989 (RA 9788); cfr. también el resumen del cambio de doctrina realizado por **Hernández Guijarro**, en: **Antón Oneca**, PG I 1<sup>2</sup>, p. 255, nota 15: de la negación sin matices de la aplicabilidad de la compensación de culpas se pasa a la siguiente postura: a) la concurrencia de conductas sólo exonera de modo excepcional; b) esto sólo si la imprudencia de la víctima intervino "poderosamente" en la causación del resultado; c) la culpa de la víctima debe disminuir el cuántum de la indemnización.

lentes en el campo penal las reputadas verdaderamente como originarias o propulsoras inicialmente de los sucesos, teniendo carácter secundario las que meramente sean favorecedoras de los mismos..."<sup>35</sup>. En este sentido, se sostiene que para esta determinación han de individualizarse las distintas causas concurrentes y proceder aplicando "criterios de experiencia general y de ordinario entendimiento, siempre circunstanciales y relativas por la naturaleza común de los diversos grados de imprudencia..."<sup>36</sup>

Ha de señalarse que el TS utiliza en ocasiones -si bien con mucho menor frecuencia<sup>37</sup>- esta misma doctrina de "concurrency de conductas" en términos muy similares también para valorar supuestos en los que intervienen varios sujetos, distintos de la víctima, en la realización imprudente de un comportamiento<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> STS 25.2.1991 (RA 1412); en este sentido, por ejemplo, también las STS 29.4.1980 (RA 1507); 6.5.1980 (RA 1810); 25.9.1986 (JP 1149); 23.7.1987 (RA 5619); 30.12.1987 (JP 2603); 8.3.1990 (RA 2430); 8.2.1991 (RA 923).

<sup>36</sup> STS 23.7.1987 (RA 5619).

<sup>37</sup> En este sentido también **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, p. 303, nota 345.

<sup>38</sup> Señalan esta práctica **Rodríguez Montañés**, voz "imprudencia", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II (COR-IND), p. 3380; **Vázquez Honrubia**, en: **Díez Ripollés** (dir.)/CGPJ (ed.), *Delitos contra la vida e integridad física*, pp. 204 y s.; este concepto amplio es el que utiliza también **Luzón Peña**, *PG I*, p. 526. Así, por ejemplo, STS 9.2.1990 (JP 411); últimamente en la sentencia del caso "Alcalá 20": "Cuando -como sucede en el presente caso- exista una **concurrency de conductas negligentes**, socialmente reprochables y jurídicamente punibles, que hayan confluído casualmente en la producción de un resultado dañoso, es preciso proceder al examen de cada una con individualización, como si se tratase de entidades separadas, y obtenida la graduación específica de cada conducta concurrente, elevarla al plano comparativo con las demás coadyuvantes, a fin de determinar su eficacia preponderante, análoga o (continúa...)

La mayor o menor "potencia o virtualidad" causal de las conductas de autor y víctima tiene como consecuencia principal para el TS, en su caso, la "degradación" de la imprudencia del autor<sup>39</sup>. En determinados casos, esta degradación puede llegar a la eliminación total de la culpa del agente no lesionado<sup>40</sup>. El resultado de esta ponderación y la consiguien-

---

<sup>38</sup> (...continuación)  
de inferioridad respecto a las otras, llegando por este sistema a su delimitación y estimación penal más adecuada y correcta, pudiendo aplicarse criterios de experiencia general y de ordinario entendimiento, siempre circunstanciales y relativas por la naturaleza común de los diversos grados de imprudencia, apreciando, como prevalentes en el campo penal las reputadas como originarias y principales para que el resultado dañoso se origine, teniendo carácter secundario las que meramente sean favorecedoras y auxiliares del mismo" (STS 17.7.1995 [RA 6827], sin subrayado en el original). De todos modos, hay que volver a decir que los supuestos de aplicación se refieren en su gran mayoría a casos de intervención de la víctima.

<sup>39</sup> Estiman tal degradación, entre otras, las STS 15.11.1969 (JC 1999); 28.9.1979 (RA 3166); 15.10.1979 (RA 3670); 6.5.1980 (RA 1810); 1.6.1981 (RA 2561); 22.5.1982 (RA 2701); 2.6.1986 (RA 3090); 25.9.1986 (JP 1149); 15.4.1988 (RA 2780); 16.5.1988 (RA 3663); 30.5.1988 (RA 4116); 25.10.1988 (RA 8097) (cfr. los comentarios de **Joshi Jubert**, ADPCP 1989, pp. 731 y ss. y **Luzón Peña**, PJ 21 [1991], pp. 129 y ss.); 26.12.1989 (RA 9788); 8.3.1990 (JP 820); 29.2.1992 (RA 1509); 20.2.1993 (RA 1383).

Entre las sentencias de órganos inferiores, cabe citar, entre otras, últimamente las SAP Barcelona (Sección 3ª) 15.12.1993 (RA 8); Barcelona 7.1.1994 (RA 138); Barcelona 28.1.1994 (RA 155); Tarragona (Sección 2ª) 7.2.1995 (RA 359); Cáceres 17.5.1995 (RA 568); Málaga (Sección 1ª) 9.5.1995 (RA 951).

<sup>40</sup> Si bien hubo algunas resoluciones -una vez iniciada esta línea jurisprudencial- que excluían esta posibilidad (exoneración del autor) en virtud de la concurrencia de culpas, se trata de una línea jurisprudencial muy minoritaria y que mezclaba esta cuestión con la de la inadmisibilidad de la compensación de culpas, como ha puesto de manifiesto **Luzón Peña**, "Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>, pp. 75 y s., especialmente 77 y s. con notas 4 y 5.

De hecho, no son del todo infrecuentes las sentencias del TS en las que la doctrina de la concurrencia de culpas conlleva la exoneración del autor: vid., por ejemplo, STS 4.7.1984 (JC 1062) (en un caso en el que un automovilista circulaba a excesiva velocidad cuando de modo repentino invadieron la calzada unos peatones); en el resultado práctico llega (continúa...)

te degradación, en su caso, han de reflejarse también en el importe de la correspondiente indemnización derivada de delito. En lo que se refiere a este punto, el Código de 1995 ha convertido en Ley la doctrina del TS a través del art. 114 CP<sup>41</sup>.

No es muy claro cuál es el ámbito de aplicación fenomenológico de la doctrina de la concurrencia de culpas, es decir, en qué casos de intervención de la víctima resulta de aplicación<sup>42</sup>. En este sentido, hay voces que sostienen que esta doctrina queda en la praxis del TS limitada exclusivamente a supuestos de conductas independientes que confluyen únicamente en el momento de producción del resultado<sup>43</sup>. Y lo cierto es que estos supuestos, desde luego, constituyen la

---

<sup>40</sup>(...continuación)  
también a esta conclusión la STS 20.2.1993 (RA 1383), al degradar una imprudencia simple, "Y no existiendo por debajo de la forma o grado de la imprudencia simple otra modalidad de culpa penalmente reprochable, la degradación de tal clase de culpa leve debe conducir a la no apreciación de imprudencia punible en la conducta del recurrido."

<sup>41</sup> Así Quintero Olivares/Tamarit Sumalla, *ComNCP*, p. 569.

<sup>42</sup> Dejando ahora de lado la cuestión de que el TS al menos modifica su doctrina jurisprudencial respecto de aquellos ámbitos en los que al tercero interviniente corresponde un especial deber de tutela respecto de la persona que se pone en peligro, como puede ser el caso en el campo de las relaciones laborales. Cfr. sobre esta cuestión *infra* § 9 I. C.

<sup>43</sup> Es decir, conductas en las que no concurre interacción a la hora de configurar la actividad arriesgada. Así lo entiende Joshi Jubert, *ADPCP* 1989, p. 738; parece que también utilizan esta acepción del término "concurrencia de culpas", si bien sin limitar su exposición a la jurisprudencia del TS, Luzón Peña, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación*, p. 117 con nota 26; *idem*, *PG I*, pp. 508, 526 y ss.; así también Díaz y García-Conlledo, voz "autoría mediata, coautoría y autoría accesoria", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I (ABA-COR), p. 709.

mayoría de los resueltos por la jurisprudencia con ayuda de la doctrina de la concurrencia de culpas<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> Por ejemplo, tienen como objeto supuestos en los que se produce una mera confluencia de conductas arriesgadas sin que hubiese interacción entre autor y víctima y aplican la doctrina de la concurrencia de culpas, las STS 15.11.1969 (1999) (aún sin una fundamentación expresa, en relación con un supuesto de colisión entre un automóvil y una motocicleta en la que confluyeron los comportamientos imprudentes de víctima y autor, cfr. *supra* en nota); 28.9.1979 (RA 3166) (referida a un supuesto en el que un peatón invadió repentinamente la calzada y fue arrollado por un automovilista que circulaba a velocidad excesiva); 15.10.1979 (RA 3670) (en la que se enjuiciaba la conducta de un conductor que circulaba con su vehículo a velocidad excesiva y atropelló a un grupo de trabajadores que realizaban labores de limpieza en la calzada sin la debida señalización); 1.6.1981 (RA 2561) (que se ocupa de un supuesto en el que un automovilista que circulaba a velocidad superior a la permitida atropelló a un peatón que invadió repentinamente la calzada, produciéndole la muerte); 2.6.1986 (RA 3090) (referida a un supuesto en el que una automovilista no respetó una señal de stop, produciéndose una colisión con una motocicleta que transitaba a velocidad excesiva por la vía preferente y la muerte de sus dos ocupantes); 15.4.1988 (RA 2780) (que recoge igualmente un caso en el que un vehículo había invadido, sin respetar una señal de stop, una calzada con derecho de preferencia por la que circulaba un camión a excesiva velocidad); 16.5.1988 (RA 3663) (referida a un supuesto en el que un conductor descuidado hizo colisión con unos camiones estacionados en el borde de la calzada sin la necesaria señalización); 30.5.1988 (RA 4116) (sentencia en la que se enjuiciaba un supuesto en el que un operario se precipitó por descuido por el hueco dejado en una obra cuyo vallado debería haber ordenado el jefe técnico de aquella); 25.10.1988 (RA 8097) (referida a la colisión entre un peatón que cruzaba descuidadamente la calzada por la que transitaba, igualmente de modo incorrecto [bajo la influencia de bebidas alcohólicas], el conductor del vehículo que arrolló al peatón); 6.6.1989 (RA 5035) (se trataba de un albañil que se cayó desde un andamio, perdiendo la vida, mientras que el aparejador responsable no había dispuesto la colocación de redes en el andamiaje); 26.12.1989 (RA 9788) (se trataba de un electricista que interrumpió sus labores de reparación sin tomar las medidas de precaución necesarias para neutralizar el peligro de electrocución que podían generar los elementos de la instalación eléctrica que había manipulado en la reparación inconclusa; posteriormente, al llevar a cabo la víctima de modo descuidado trabajos de fontanería cerca de la instalación eléctrica, se produjo su muerte); 8.3.1990 (JP 820) (se refiere a otro supuesto de muerte de un peatón en el que éste intentaba cruzar una carretera y el automovilista que le arrolló conducía a una velocidad excesiva); 25.2.1991 (RA 1412) (un automovilista descuidado atropelló a un peatón que yacía en medio de la calzada); 29.2.1992 (RA 1509) (las víctimas llevaron a cabo un adelantamiento imprudente del camión que, a causa de la inatención del conductor, posteriormente les arrolló).

Entre las resoluciones de tribunales inferiores que aplican la doctrina de la concurrencia de culpas a supuestos de esta índole cabe citar últi-

(continúa...)

Pero en realidad, un análisis de las resoluciones del TS demuestra -como ha sido señalado por otras voces dentro de la doctrina<sup>45</sup>- que para el TS, la construcción de la concurrencia de culpas es aplicable también a casos en los que la interacción entre víctima y autor es mayor, es decir, en los que ambos han colaborado de algún modo en la génesis del riesgo<sup>46</sup>. En este sentido, incluso pueden encontrarse resoluciones en las que se niega la aplicabilidad de la concurrencia de culpas argumentando que "es improcedente la degradación de la pena porque no se trata de concurrencia de culpas de agente y víctima, sino de conductas paralelas que

---

<sup>44</sup>(...continuación)

mamente las SAP Barcelona 28.1.1994 (RA 155) (en un supuesto en el que un conductor que circula a velocidad excesiva embiste al conductor de una motocicleta, que, igualmente de modo descuidado, cruza la vía por un paso de peatones); Tarragona (Sección 2ª) 7.2.1995 (RA 359) (referida a una colisión en la que el autor no había respetado un stop, y el vehículo que circulaba por la vía preferente iba a una velocidad excesiva); Málaga (Sección 1ª) 9.5.1995 (RA 951) (en la que el conductor de un automóvil hizo un giro sin consultar el retrovisor, justo en el momento en el que era adelantado a velocidad excesiva por un ciclomotor).

<sup>45</sup> Cfr. en este sentido, por ejemplo, **Quintano Ripollés**, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, p. 324.

<sup>46</sup> Como casos en los que el TS aplica la construcción de la concurrencia de culpas a supuestos de interacción densa (creación conjunta del riesgo [cfr. sobre la relevancia material que desde la perspectiva aquí adoptada corresponde a la "organización conjunta" *infra* § 9 I. A. 4.]), cabe citar las STS 6.5.1980 (RA 1810) (en la que se enjuiciaba un supuesto en el que la víctima, dueño de una obra, solicitó de un electricista el corte de unos cables de electricidad, siendo éste contrario a las normas de seguridad aplicables, produciéndosele al constructor la muerte); 25.9.1986 (JP 1149) (se trataba de una competición irregular entre los conductores de dos motocicletas, afirmándose ya en la sentencia de instancia que "la colisión [se debió] tanto a la maniobra [de la víctima] como a la del procesado, circulando por el centro de la calzada y a la competición de velocidad entablada entre ambos, adelantándose mutuamente en varias ocasiones..."; cfr. el supuesto de hecho de esta sentencia *supra* § 1 II. B. 7.); 20.2.1993 (RA 1383) (referida a un supuesto de venta de sustancias estupefacientes de pureza superior a la normal, cfr. el supuesto de hecho *supra* § 1 II. A. 3.).

confluyen a un mismo evento sin perder su individualidad"<sup>47</sup>. Esta afirmación no puede ser más sorprendente, pues ¿qué otra cosa que "conductas paralelas que confluyen a un mismo evento sin perder su individualidad" hay que ver en los supuestos de conductas descuidadas, en cada caso, de peatón y automovilista, a las que el TS, como se acaba de ver, ha aplicado en numerosas ocasiones la doctrina de la concurrencia de culpas? En conclusión, cabe señalar que la doctrina jurisprudencial se aplica tanto a supuestos de (mera) confluencia de conductas<sup>48</sup> como de cierta interacción<sup>49</sup>.

En todo caso, está claro que el rechazo de la compensación de culpas se ve acompañado de una praxis jurisprudencial que otorga ampliamente relevancia a la conducta de la víctima. Como afirma Cerezo Mir, en cierto sentido el TS, con su doctrina de la concurrencia de culpas, de algún modo "admite... veladamente la compensación de culpas, aunque proclame so-

---

<sup>47</sup> STS 25.4.1995 (RA 288), sin subrayado en el original; se trata de una resolución en la que se enjuiciaban unas lesiones al feto producidas, por un lado, por la desatención de una matrona, y, por otro, por el comportamiento descuidado de los padres, quienes -a pesar de estar avisados por el médico de posibles complicaciones- retrasaron durante varias horas el ingreso en el hospital después de la rotura de aguas. Queda aquí, como es lógico, fuera de consideración la discutible aplicación -desde el punto de vista del principio de legalidad- del tipo de lesiones (antes de la introducción, en el CP 1995, de los tipos de lesiones al feto [arts. 157 y 158]) del art. 420 CP 1973, estimando el TS que la acción se proyecta sobre la madre pero perjudica al futuro sujeto, feto en ese momento.

<sup>48</sup> Cfr. *infra* § 9 II. B. 3

<sup>49</sup> Cfr. *infra* § 9 I. A. 4

lemnemente lo contrario..."<sup>50</sup>. Y el propio TS ha llegado a corroborar hasta cierto punto esta afirmación:

"Los estudios jurídicos sobre la concurrencia o la compensación de culpas pecan muchas veces de extremadamente sutiles para diferenciar los términos verbales concurrir y compensar porque en la conclusión final se llega por la concurrencia de culpas a casi los mismos efectos que se demandaban por la vía de la compensación."<sup>51</sup>

A continuación ha de analizarse tanto el marco dogmático como el manejo práctico de la doctrina de la concurrencia de culpas. En este contexto, se constatará que la jurisprudencia del TS recoge -aunque con un considerable retraso temporal- diversas formulaciones doctrinales propuestas para el ámbito de la causalidad. Además, sorprendentemente, cabe observar que en el círculo jurídico anglosajón aparecen formulaciones jurisprudenciales muy próximas a la elaborada por el TS. Finalmente, se intentará una valoración global de la construcción.

---

<sup>50</sup> ADPCP 1983, p. 501; también *idem*, PG I<sup>a</sup>, p. 440; en el mismo sentido, Zugaldía Espinar, RDCir 1981, p. 347; Gracia Martín, en: Díez Ripollés/Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 61.

<sup>51</sup> STS 8.2.1991 (RA 923); sin embargo, no parece advertir contradicción entre el axioma de la no compensación de culpas proclamado por el TS y su doctrina de la concurrencia de culpas Vilar Badía, RDCir 1976, p. 331.



### 3. Orígenes y contexto teórico de la doctrina de la concurrencia de culpas

Con la doctrina jurisprudencial esbozada, como acaba de decirse, parece que se recoge la herencia de algunas voces discrepantes que se alzaron ante el muro casi unánime del aforismo "no hay compensación de culpas"<sup>52</sup> anterior a la doctrina de la "concurrencia de conductas". Si bien ya **Antón Oneca** hablaba de "necesarias restricciones" al aforismo, que debían ser resueltas por medio de una "doctrina racional de causalidad"<sup>53</sup>, fue **Quintano Ripollés**<sup>54</sup> quien desarrolló una

---

<sup>52</sup> La postura de **Carrara** contraria al aforismo (*Programma PS*<sup>10</sup>, vol. 1º, § 1100 [pp. 110 a 112]), se construye mediante una argumentación que se plantea en otro nivel sistemático, relativo a los fines de la pena y que muestra alguna coincidencia con aproximaciones más recientes (cfr. *infra* § 8 II. B. 2.); sobre la postura de **Carrara**, cfr. también las consideraciones de **Torío López** (LH Fernández Albor, pp. 715 y s.) quien ha "rescatado" en cierto modo la exposición de este autor últimamente para la discusión actual; sobre el estado de la cuestión en la doctrina más antigua, consistente en general, como se ha dicho, en despachar la cuestión negándole toda relevancia, cfr. **Jiménez de Asúa**, *Tratado V*, pp. 1085 y s., con referencias.

<sup>53</sup> PG I 1º, p. 227. Ha de señalarse, de todos modos, que en su condición de magistrado del TS, en alguna sentencia anterior en la que **Antón Oneca** fue ponente, resolvió problemas de esta índole con criterios más tradicionales, concretamente, negando la previsibilidad (cfr. STS 26.2.1934 [JC 102]) o, incluso, estableciendo graduaciones de ésta: así, en un supuesto en el que un automovilista -que circulaba a velocidad excesiva- había atropellado a una niña de ocho años que cruzó la calzada de modo descuidado, la sentencia del TS rebaja la calificación de imprudencia temeraria a imprudencia simple, ya que "...el suceso, aunque previsible, no lo era de modo extremo..." (STS 18.4.1934 [JC 197]).

<sup>54</sup> Cfr. *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, pp. 320 y ss.; ya había anticipado -si bien de modo aún poco claro, sin situar la cuestión desde el punto de vista sistemático en el plano dogmático- su postura en ADPCP 1954, p. 56: después de rechazar la compensación de culpas en el ámbito penal, afirmaba **Quintano Ripollés** que a pesar de ello "...en definitiva, lícito es valorar las culpabilidades y cuando la del sujeto pasivo es la prevalente y determinante, su volumen puede absorber en sí, y, por consiguiente, borrar la concurrente del sujeto activo". Según (continúa...)

construcción más elaborada de valoración de la intervención de la víctima en la génesis del riesgo. Según **Quintano Ripollés**, no resulta adecuada la limitación mecánica a un (pretendido) aforismo, prescindiendo bajo el manto de un falso axioma de toda fundamentación; por el contrario, procede considerar los casos en cuestión desde la "doble perspectiva" de la causalidad y del consentimiento<sup>55</sup>. En este sentido, en su opinión es necesario determinar "cuál de las conductas coeficientes fue en verdad determinante"<sup>56</sup>.

Cabe constatar una gran coincidencia entre esta elaboración y la postura defendida en Alemania por **Binding**<sup>57</sup> a principios de este siglo, prácticamente en solitario en contra de la postura negatoria (idéntica a la del TS español) adoptada por la doctrina y la jurisprudencia del RG. Según **Binding**, la praxis jurídico-penal simplificaba las cosas en demasía con el recurso al aforismo de "no hay compensación de culpas en Derecho penal"<sup>58</sup>.

---

<sup>54</sup>(...continuación)

**Torío López** (LH Fernández Albor, p. 712), fue la postura de **Quintano Ripollés** la que condujo a la modificación de la línea jurisprudencial existente con anterioridad; lo cierto es que la terminología utilizada por el TS y por **Quintano Ripollés** es coincidente.

<sup>55</sup> *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, pp. 321 y s.

<sup>56</sup> **Quintano Ripollés**, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, p. 323; manifestaciones similares en **Cuello Calón**, *PG* 1<sup>18</sup>, p. 482; **Sainz Cantero**, *PG*, pp. 692 y s.; sigue a **Quintano Ripollés** expresamente **Luzón Domingo**, *RDCir* 1970, p. 81.

<sup>57</sup> Normen IV, pp. 581 y ss., 584 y ss., específicamente sobre la intervención de la víctima, pp. 586 a 591; subraya con acierto **Torío López** (LH Fernández Albor, p. 714) la omisión de valorar la aportación de **Binding** que cabe constatar en gran parte de la doctrina actual; también aquí, **Torío López** ha llamado la atención sobre el antecedente.

<sup>58</sup> Normen IV, pp. 587 y s.

Por el contrario, **Binding** proponía valorar adecuadamente la aportación de los intervinientes conforme a su doctrina de la "media causación"<sup>59</sup>, según la cual a la distinta importancia de la intervención en el curso causal hay que proceder a afirmar distinto grado de responsabilidad. Achacaba **Binding** esa simplificación en la que en su opinión incurría la doctrina entonces dominante a que por parte de ésta se participaba en el "culto a la pretendida teoría de la causalidad de von Buri"<sup>60</sup>.

Prescindiendo de momento del enigma relativo a qué es lo que significa la afirmación jurisprudencial de que concurre la "culpa" de la víctima con la del autor<sup>61</sup>, conviene analizar la construcción del TS en su núcleo dogmático, ubicado en el plano de la causalidad. Ya se habrá advertido con ocasión del esbozo de la doctrina jurisprudencial del TS antes hecho que la pretendida "conurrencia causal de conductas" en todo caso no se corresponde en absoluto con la idea hoy comúnmente aceptada de causalidad. En efecto, la doctrina ha señalado en relación con la concurrencia de culpas que -siéndole ajena a la noción de causalidad, como es sabido, la consideración de que pueda haber causas más o menos "poderosas"- la

---

<sup>59</sup> Cfr. *Normen IV*, pp. 589 y s., proponiendo de *lege lata* (dada la inexistencia de grados de culpa en derecho alemán) la absolución al exigir la Ley una "causación plena" y de *lege ferenda* una atenuación de la pena similar a la de la tentativa.

<sup>60</sup> *Normen IV*, p. 585, nota 8.

<sup>61</sup> Un enigma porque es evidente que la víctima no realiza tipo penal alguno, y "no es correcto hablar de culpa penal sin tipicidad" (**Mir Puig**, ADPCP 1991, p. 262); cfr. *infra* § 4 I. B. 2. c) y § 9 I. B. 1 c).

ubicación sistemática del problema por parte del TS en el plano causal es incorrecta<sup>62</sup>. En alguna sentencia -situada sin duda en un plano de desarrollo dogmático más avanzado al que habitualmente ocupa la jurisprudencia del TS en el ámbito que aquí interesa-, el propio tribunal lo ha reconocido:

"Tampoco se ve afectada la causalidad [por la conducta interviniente de la víctima], pues el consentimiento respecto del peligro podría incidir en la protección penal, pero, **de ninguna manera, en el ámbito de la causalidad entre la acción generadora del peligro y el resultado producido, pues es indudable que si se suprime mentalmente la acción peligrosa, el resultado no habría tenido lugar (conditio sine qua non)**"<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> En este sentido, por ejemplo, **Cerezo Mir**, PG I<sup>4</sup>, pp. 440, 441, nota 174, en contra de la postura de **Antón Oneca** de recurrir a una "doctrina racional" de la causalidad. Se pronuncian, criticando la postura del TS, en contra de apreciar en los supuestos en cuestión un problema de causalidad, por ejemplo, **Luzón Peña**, PG I, p. 526; *idem*, "la pretendida interrupción del nexo causal", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>, p. 29; *idem*, "Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes", en: *idem*, op. cit., p. 78; **Joshi Jubert**, ADPCP 1989, pp. 734, 738, 741; **Torío López**, LH Fernández Albor, p. 713; **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 305 y s.; **Calderón Cerezo**, en: CGPJ (ed.), *La imprudencia*, pp. 60, 65 y s.; **Zubiri de Salinas**, en: CGPJ (ed.), *Causalidad e imputación objetiva*, pp. 201 y s., 205; **Rodríguez Montañés**, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, p. 3380; desde la perspectiva de la responsabilidad civil, igualmente **Montés Penadés**, *ComCP* 1995 I, pp. 611, 613.

<sup>63</sup> STS 17.7.1990 (RA 6728), que enjuició el caso de la botella (sin subrayado en el original; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 8. y el comentario de **Mir Puig**, ADPCP 1991, pp. 259 y ss.). Queda claro que la resolución se aparta de la doctrina de la concurrencia de culpas, situando el supuesto enjuiciado en un plano más moderno desde el punto de vista dogmático (consentimiento e imputación objetiva). Es evidente que el razonamiento del TS en esta sentencia implica en realidad un rechazo frontal de la doctrina de la concurrencia causal de conductas.

También señala claramente que no puede tratarse de una cuestión de causalidad la interesante SAP Bilbao (Sección 2ª) 24.11.1995 (recogida en: (continúa...))

En este sentido, con toda razón puede decirse que es "curioso" que el TS busque el fundamento de la figura en el ámbito de la causalidad<sup>64</sup>. Pues parece evidente ya desde un principio -como ya dijo Quintano Ripollés abiertamente- que se trata no de una cuestión de constatación fáctico-natural de una determinada relación de causa-efecto, sino de un problema normativo, a resolver "aquilatando los deberes de cada cual"<sup>65</sup>. Dicho de otro modo: la ubicación de la cuestión en el ámbito de la causalidad es incorrecta desde el punto de vista de la teoría de la causalidad, pero responde evidentemente a consideraciones normativas, a la necesidad de valorar de algún modo en el sistema de imputación el hecho de que la víctima ha contribuido de manera en cierta medida relevante al daño.

En este sentido, parecen quizás en demasía exacerbadas las contundentes críticas de Binding<sup>66</sup> frente a aquellos autores de su época que proclamaban -siendo ésta la posición mayoritaria- la irrelevancia de la concurrencia o compensación de cul-

---

<sup>63</sup>(...continuación)

Bizkaia Jaurerriko Abokatuen Bazkun Ohoretsua/Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya, 2ª época, nº 1 [enero/marzo 1996], pp. 240 y ss.): "...sin embargo, el ámbito causal no es el adecuado para examinar la llamada concurrencia de culpas. Pues si como hacen doctrina y jurisprudencia, se toma como base de examen de la causalidad la teoría de la equivalencia de condiciones, causa es toda condición que eliminada hipotéticamente, eliminaría también el resultado."

<sup>64</sup> **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, p. 304.

<sup>65</sup> Cfr. *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, p. 323.

<sup>66</sup> *Normen IV*, p. 588, nota 18.

pas, pues algunos de ellos, como por ejemplo, v. **Liszt/Eb. Schmidt**, limitan esta afirmación expresamente al plano causal: si bien por un lado se afirma que "El resultado ha de reconducirse al movimiento corporal como causa aún cuando éste no se hubiese producido sin la intervención conjunta, simultánea o sucesiva, de otras acciones humanas. Por ello... el comportamiento descuidado del sujeto lesionado no obsta a la afirmación de la relación causal (¡no hay "compensación de culpas" en Derecho penal!)"<sup>67</sup>, ya en la siguiente página de la obra citada se dice: "El legislador es libre de valorar de modo distinto los diversos comportamientos que se hallan en una relación causal con un determinado resultado. Lo que es de relevancia equivalente desde una perspectiva lógico-epistemológica (causal), desde luego que no tiene porqué serlo desde un punto de vista normativo"<sup>68</sup>. La cuestión estriba entonces que los mecanismos "valorativos" se introduzcan en el marco sistemático de la relación de causalidad<sup>69</sup> o que se relegue la cuestión normativa a otro lugar sistemático distinto de la causalidad.

Se trata de una manifestación más de una cierta tendencia a trasladar nominalmente ciertos problemas normativos al ámbito causal, con la ayuda de determinadas deformaciones de la teoría de la causalidad<sup>70</sup>, de un fenómeno de "normatividad

---

<sup>67</sup> *Lehrbuch*, p. 165.

<sup>68</sup> *Lehrbuch*, p. 165.

<sup>69</sup> Como claramente lo hace **Binding** con su idea de "media causalidad", cfr. en este sentido la acertada exposición de **Torío López** (LH Fernández Albor, p. 715).

<sup>70</sup> Una tendencia dogmática sobre la que se ha dicho con razón que condujo a una situación en la que "...al final no se sabía ni lo que era la causalidad ni lo que era la tipicidad" (**Gimbernat Ordeig**, "¿Qué es la (continúa...)

oculta". En este sentido, se da el paso al segundo "tipo ideal" de aproximación dogmática aludido al principio de este apartado. Y la "deformación" de la cuestión causal que el TS lleva a cabo con su teoría de la concurrencia de conductas o culpas recuerda etapas ya superadas -por lo menos, en lo que se refiere a su rechazo unánime en la teoría- en la evolución de la teoría de la causalidad, como la llamada "teoría de la interrupción del nexo causal", respecto de la que Gimbernat Ordeig afirmó ya en 1966 que "...además de operar con criterios confusos y contradictorios, no tiene nada que ver con el problema causal."<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup>(...continuación)  
imputación objetiva?", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*<sup>3</sup>, p. 211). Como se verá, respecto de la jurisprudencia que aquí interesa, puede eliminarse el imperfecto utilizado por Gimbernat Ordeig y formular la afirmación en tiempo presente. Sobre esto, desde una perspectiva más general, cfr. sólo Gimbernat Ordeig, *Introducción*, pp. 42 y s., 126 y s.; Muñoz Conde, *Teoría general del delito*, pp. 37 y s.; Gómez Benítez, *PG*, pp. 172 y s.; con razón dice Bajo Fernández (*PE* <sup>12</sup>, pp. 19 y s.) que la jurisprudencia en este ámbito está preocupada sobre todo por la solución "justa" del caso concreto desde consideraciones de equidad; como se expondrá más adelante en el texto (*infra* § 4 I. B. 1. a), esto también sucede en el caso de la doctrina de la concurrencia de culpas.

<sup>71</sup> *Delitos cualificados*, p. 93; cfr. la argumentación en contra de la "teoría de la interrupción del nexo causal", *op. cit.*, pp. 89 y ss., y, en general, su ya clásico análisis de la confusión entre elementos jurídico-normativos y natural-causales dentro de ciertas aproximaciones al problema causal, *op. cit.*, pp. 19 y ss., 62 y ss. Cfr. en este sentido también, por todos, las consideraciones de Rodríguez Mourullo, *PG*, pp. 304 y s. con nota 27; Gómez Benítez, *PG*, pp. 178 y ss.; Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, pp. 20 y s., 321 y ss.; recientemente, Bolea Bardón, *ADPCP* 1994, p. 377. En este contexto también resulta de interés, por ejemplo, la argumentación de Naucke (*ZStW* 76 [1964], pp. 417 y ss.) con la que pone al descubierto que a determinadas aplicaciones de las teorías de la causalidad (en el ámbito de la llamada prohibición de regreso) subyacen en realidad consideraciones (intuitivas) de política criminal.

En lo que se refiere a la *praxis* del TS, en efecto, puede decirse que la doctrina de la interrupción del nexo causal es muy próxima a la de la concurrencia de culpas. De hecho, esta idea de la interrupción del nexo causal se ha venido utilizando frecuentemente en supuestos que hoy son abordados habitualmente a través de la doctrina de la concurrencia de culpas<sup>72</sup>. En este sentido, parece que la doctrina de la concurrencia de culpas es un instrumento que ofrece mayor libertad al juzgador (dada la posibilidad de "degradar" la imprudencia) que la de la interrupción del curso causal (que debe ser resuelta de modo afirmativo o

---

<sup>72</sup> Parece claro que se trata de perspectivas muy próximas en cuanto a su contexto teórico -un determinado entendimiento de la causalidad-, como se ha señalado en el texto; así, argumentaba respecto de esta cuestión en el contexto de la "interrupción del nexo causal" -negando que la imprudencia de la víctima pudiera interrumpir la relación causal, **Cuello Calón**, PG 1<sup>8</sup>, p. 481. De hecho, parece que esta conexión se ve confirmada por alguna sentencia que parece partir de que existe una relación de gradación entre la concurrencia de culpas "normal" y aquellos casos en los que ha de hablarse de interrupción del nexo causal; por ejemplo, para la STS 14.4.1970 (JC 442), los supuestos de concurrencia de culpas tienen lugar cuando "...sin producirse interrupción causal que excluyera toda responsabilidad, [ésta] sí debe reducirse (en este dirección interpreta la jurisprudencia del TS también **Luzón Domingo**, RDCir 1972, p. 380).

En este sentido, se refieren a la interrupción del nexo causal en relación con el comportamiento de la víctima, por ejemplo, y entre otras muchas, las STS 13.6.1935 (JC 151); 28.6.1949 (en **Del Rosal**, *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, pp. 327 y ss.); aún recientemente, STS 8.11.1991 (RA 8298; mezclando en este caso la interrupción del nexo causal con la imputación objetiva); 13.11.1991 (JP 3581), en la que el TS plantea posible aplicación (se trataba supuesto sujeto herido de gran gravedad cavidad abdominal que antes de pedir asistencia médica -como le urgen quienes le rodean, entre ellos el autor de la puñalada- prefiere inyectarse una dosis de heroína, habiendo dudas acerca de si el posterior fallecimiento por shock hipovolémico está condicionado por la demora y/o por el consumo, cosa que el tribunal a quo y el TS rechazan argumentando con la distinción tradicional entre las muertes que se producen por la propia *lethalitas vulneris* y aquellas otras en las que se trata de una muerte *per accidens* (cfr. sobre esta distinción en el Código penal prusiano **Naucke**, ZStW 76 [1964], pp. 434 y ss.). Sobre la pervivencia de la idea interrupción del nexo causal en la doctrina del TS, cfr. últimamente la exposición de **Bolea Bardón**, ADPCP 1994, pp. 377 y s.



negativo, sin escalones intermedios)<sup>73</sup>, pero que responde al mismo modelo que ésta: solución de problemas normativos en el marco de la relación de causalidad.

Por otra parte y de modo muy especial, las afirmaciones del TS acerca de causas "preponderantes", "eficientes" etc., recuerdan las vetustas teorías individualizadoras de la causalidad<sup>74</sup>, que pretendían diferenciar entre "causa" y "con-

---

<sup>73</sup> Esto resulta claro en el caso de la STS 28.6.1949 (recogida y comentada en *Del Rosal, Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, pp. 327 y ss.), especialmente al tratarse de un supuesto que en el momento actual entraría con cierta seguridad (cfr. las referencias de supuestos similares recogidas supra § 4 I. A. 2.) en el ámbito de aplicación de la doctrina de la concurrencia de culpas: en el supuesto enjuiciado, la víctima cruzó de modo repentino la vía del ferrocarril por un lugar que no era paso a nivel, siendo alcanzada por una locomotora. El procesado, trabajador del ferrocarril, no se encontraba en su puesto precediendo a la máquina a una distancia de veinte metros, obligación establecida por las normas administrativas en cuestión, según parece claro, precisamente con el objeto de evitar atropellos. Pues bien: el Tribunal de instancia -a falta de la solución intermedia de la compensación de culpas- afirmó que no existía relación de causalidad -acudiendo materialmente a la interrupción del nexo causal-, mientras que el TS sostuvo lo contrario, imputando la muerte al operario. Respecto de la solución que parece adecuada para estos supuestos, vid. infra § 9 II. B. 3.

<sup>74</sup> En este sentido, dice **Córdoba Roda** (*ComCP I*, p. 14) que el TS ha recurrido en el ámbito que aquí interesa a la idea de la causalidad "eficiente" "normalmente... en supuestos en los que al concurrir una notable imprudencia por la víctima, se quiere rechazar el nexo causal entre la actuación del sujeto y el resultado"; afirman que en el ámbito de la concurrencia de culpas el TS recurre a la idea de causa eficiente **Cerezo Mir**, *PG I*<sup>4</sup>, p. 440; **Luzón Peña**, "Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>, p. 78; **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, p. 305; desde una perspectiva más general, también señalan que el TS acude a puntos de vista próximos a estas teorías, por ejemplo, **Rodríguez Mourullo**, *PG*, pp. 303 y s.; **Gimbernat Ordeig**, *Introducción*, p. 42; **Mir Puig**, *PG*<sup>4</sup>, 10/39; **Cerezo Mir**, *ADPCP* 1983, p. 501; *idem*, *PG I*<sup>4</sup>, pp. 303 y s. con nota 49; **Bajo Fernández**, *PE I*<sup>2</sup>, pp. 20 y s.; **Larrauri Pijoan**, *ADPCP* 1988, p. 729, nota 66; **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, pp. 410 y s.

dición" y que no encuentran defensores ya desde hace mucho tiempo<sup>75</sup>.

En todo caso, que se trate de consideraciones normativas introducidas bajo un ropaje dogmático inadecuado y anticuado no debe ocultar que esas razones de índole normativa efectivamente concurren: como intentará demostrarse, el fondo material de la doctrina de la concurrencia de culpas -a pesar de una clara tendencia hacia la arbitrariedad- no es tan insatisfactorio como su apariencia teórico-sistemática. Pero antes puede resultar de interés hacer referencia a las aproximaciones al problema surgidas en el ámbito anglosajón, que en un marco muy distinto han desarrollado soluciones muy próximas a la práctica del TS acabada de esbozar.

---

<sup>75</sup> Así **Naucke** (ZStW 76 [1964], p. 423, nota 53) podía decir en 1964 que cabía prescindir de esas teorías por carecer en ese momento de influencia, mientras que **Jescheck** (vid. AT<sup>3</sup>, § 28 V.) se remite a partir de 1978 a anteriores ediciones de su tratado en lo que se refiere a estas aproximaciones teóricas, por estimar que "han perdido en la actualidad toda vigencia"; en este sentido, por ejemplo, **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/6, nota 4; **Mir Puig**, PG<sup>4</sup>, 10/39; también **Larrauri Pijoan**, ADPCP 1988, p. 729; **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, p. 410; **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, p. 8; **Reyes Alvarado**, *Imputación objetiva*, p. 22. Cfr., por todos, la crítica de estas teorías en **Gimbernat Ordeig**, *Delitos cualificados*, pp. 93 y ss. Sin embargo, la situación en el ámbito anglosajón es distinta; vid. a continuación en el texto.

#### 4. *Excursus: la contributory negligence y la conducta de la víctima en el ámbito jurídico anglosajón*

Como se ha anticipado, la aproximación de la doctrina y jurisprudencia anglosajonas a la cuestión de la intervención de la víctima adopta un punto de vista metodológico -y, como se verá a continuación, también material- muy próximo al de nuestro TS<sup>76</sup>.

En este sentido -y sin ánimo de exhaustividad-, puede decirse en una aproximación esquemática que por un lado -de manera similar a la proscripción de la compensación de culpas del campo penal realizada por nuestro TS-, se niega cualquier relevancia a las doctrinas paralelas a la compensación de culpas continental, utilizadas bajo los rótulos de "*contributory negligence*" y "*contributory fault*" en el Derecho de daños<sup>77</sup>: se afirma que es claro que "la vieja doctrina de la *contributory negligence*, tan bien conocida en el law of

---

<sup>76</sup> Sin que -curiosamente- parezca haberse producido en la doctrina jurídico-penal de estos países una recepción significativa en el plano de la imputación jurídico-penal de los numerosos estudios criminológicos que bajo el rótulo de la victimología se ocupan en el ámbito anglosajón de la intervención de la víctima (cfr. *infra* § 7). En lo que se refiere a la institución del consentimiento, cfr. las referencias recogidas *infra* § 5 en nota.

<sup>77</sup> Mientras que conforme a la doctrina de la *contributory negligence* se excluye la indemnización del sujeto perjudicado cuando éste se ha comportado de modo negligente, la doctrina de *comparative fault* gradúa la responsabilidad del autor de los daños en casos de conducta descuidada de la persona perjudicada (cfr. *Barell*, CalLR 82 [1994], pp. 1190 y ss., respecto del Derecho estadounidense; sobre la doctrina de la *contributory negligence* en el ámbito del Derecho privado, desde la perspectiva de la causalidad, cfr., por ejemplo, *Hart/Honoré*, *Causation in the Law*, pp. 190 y ss.).

*tort* [derecho de daños], afortunadamente no tiene aplicación como tal en Derecho penal"<sup>78</sup>.

Dicho en palabras de la jurisprudencia:

"La *contributory negligence* no es *defense* en el homicidio... Las leyes de homicidio de este Estado protegen a todos los seres (humanos) vivos dentro de su jurisdicción, tanto pecadores como santos, borrachos como diáconos"<sup>79</sup>. "Supondría un paso retrógrado si las sutilezas del reparto de culpas... en Derecho civil... invadieran el Derecho penal"<sup>80</sup>.

Sin embargo, la evolución de doctrina y jurisprudencia<sup>81</sup> ha conducido a una valoración -realizada también aquí en el plano de la causalidad- de la conducta de la víctima, argumentando que ésta puede convertir a la lesión inicial en una

---

<sup>78</sup> **Turner**, *Russel on Crime*, en el apartado dedicado a la causalidad (p. 30); es ésta la opinión dominante; cfr., por ejemplo, en términos similares **Perkins**, *Criminal Law*, pp. 701 y s., y **Smith/Hogan**, *Criminal Law*, pp. 333 y s., ambos igualmente en el plano de la causalidad. Recientemente, adopta otro punto de vista **Harel** (CalLR 82 [1994], pp. 1181 y ss., 1193 y ss.), partiendo de consideraciones próximas a la corriente de análisis económico del Derecho, por lo que su concepción puede ser expuesta de modo más coherente al hilo del estudio de las posturas "victimodogmáticas" desarrolladas en la doctrina continental europea (cfr. *infra* § 7 II. B. 4.).

<sup>79</sup> Tribunal Supremo del Estado de Mississippi, *Dickerson v. State*, del año 1983, cit. en **Harel**, CalLR 82 (1994), p. 1187, nota 13.

<sup>80</sup> Corte de Apelaciones de Londres, *R. v. Dear*, CrimLR 1996, p. 595.

<sup>81</sup> Cfr. sobre la evolución de la doctrina de la causalidad en este ámbito en la doctrina y jurisprudencia anglosajonas **Williams**, CrimLR 1957, pp. 510 y ss.

"causa demasiado remota"<sup>82</sup>. En este sentido, se dice en algunos sectores doctrinales que especialmente un comportamiento "voluntario" de la víctima puede interrumpir la relación de causalidad<sup>83</sup>; también se ha sostenido que si la conducta de la víctima es "anormal" o "no razonable", es ésta la "única causa"<sup>84</sup> del daño<sup>85</sup>, o, formulándolo desde la perspectiva del autor, que teniendo en cuenta la conducta de la víctima, la del autor no sería una causa "suficientemente directa"<sup>86</sup>, todo ello con evidente paralelismo a la doctrina

---

<sup>82</sup> Williams, CrimLR 1957, pp. 514 y ss.; en este contexto, interpreta la regla de que la *contributory negligence* no constituye *defence* en el sentido de que el comportamiento de la víctima no merece un tratamiento especial en el plano causal, pero que ello no significa que esta conducta carezca de relevancia, sino que debe ser considerada conforme a las reglas generales (loc. cit., p. 520).

<sup>83</sup> Cfr. Tressler, *Understanding Criminal Law*, pp. 172 y s.

<sup>84</sup> En este sentido se pronunció el Tribunal en el caso neozelandés *R. v. Storey* (1931), en el que se discutía la relevancia de un comportamiento descuidado de la víctima posterior a un accidente de circulación producido de modo imprudente por el autor (cfr. referencias al caso en Hart/Honoré, *Causation in the Law*, pp. 309 y s.). Así también Cross/Jones, *An Introduction to Criminal Law*, pp. 123 y s. Hart/Honoré, *Causation in the Law*, pp. 319 y s. 406, sugieren distinguir entre "negligencia grave" (*gross negligence*) y "ordinaria" de la víctima como criterio determinante (cfr. sobre posturas paralelas en la discusión doctrinal continental infra § 9 II. B. 2. b).

<sup>85</sup> Cfr., sin embargo, los casos recogidos por Hart/Honoré, *Causation in the Law*, pp. 318 y ss., y Smith/Hogan, *Criminal Law*, p. 343, en los que no se tuvo en cuenta este argumento, atribuyendo, por el contrario, toda la responsabilidad al autor que, por ejemplo, produce una herida que es posteriormente es descuidada por la víctima.

<sup>86</sup> Así el Tribunal Supremo del Estado de Pennsylvania en *Commonwealth v. Root* (1961) (cit. por McCardell, TempLR 62 [1989], pp. 784 y s., notas 13 y 14: el acusado había retado a la víctima a realizar una competición de velocidad en una vía pública con sus respectivos automóviles -vid. aquí los supuestos similares reseñados supra § 1 II. B. 6. y 7.-. En el curso de la carrera, la víctima colisionó en un intento de adelantar al acusado con un camión que venía en dirección contrario, muriendo por el impacto. El tribunal consideró que a causa de la negligencia (continúa...)

continental de la "interrupción del nexo causal" a la que antes se ha aludido como fase anterior a la jurisprudencia en materia de concurrencia de culpas.

Sin embargo, la aceptación de estas consideraciones doctrinales en la *praxis* judicial -partiendo de la dificultad de constatar aquí "líneas jurisprudenciales" generales para los sistemas anglosajones en su conjunto- parece haber sido bastante desigual. Cabe decir que son más favorables a esta tendencia los tribunales de EE.UU. Así, por ejemplo, en el *leading case* *State v. Preslar* (Carolina del Norte/1856)<sup>87</sup>, una mujer, después de haber sido golpeada por su marido, abandonó el hogar conyugal. Antes de llegar a casa de su padre -en la que habría sido bienvenida-, decidió pasar la noche a la intemperie, muriendo a consecuencia del intenso frío reinante. El tribunal afirmó que el comportamiento voluntario de la mujer rompía la relación de causalidad<sup>88</sup>. También se ha llegado a excluir la responsabilidad del autor en supuestos en los que existen comportamientos simultáneos de

---

<sup>86</sup> (...continuación)  
cia de la víctima el comportamiento del acusado no debía ser considerada "causa suficientemente directa" de la muerte de la víctima); en la misma línea se pronunció más recientemente la Corte de Apelaciones del Estado de Florida en *Velázquez v. State* (1990), un caso similar (cit. en *Tressler, Understanding Criminal Law*, p. 173).

<sup>87</sup> Citado, por ejemplo, en *Tressler, Understanding Criminal Law*, pp. 172 y s.

<sup>88</sup> Respecto de otras resoluciones de tribunales estadounidenses en esta línea, cfr. *McCardell*, *TempLR* 62 (1989), pp. 784 y ss. Sobre este caso y otros similares (vid. también *supra* § 1 II. A. e *infra* § 9 II. B.) de favorecimiento o provocación de una conducta de la víctima, cfr. *Hart/Honoré, Causation in the Law*, pp. 293 y ss., 324.

víctima y autor, como en casos de competencias irregulares de automóviles<sup>89</sup>.

Por otro lado, los tribunales ingleses -dentro de este mismo contexto de consideraciones relativas a la relación de causalidad- parecen ser más restrictivos, llegando en ocasiones a soluciones que parecen difíciles de entender desde la perspectiva continental. En el conocido caso inglés *R. v. Blaue*, por ejemplo, de 1975, una joven murió a consecuencia de heridas producidas con arma blanca, pues se negó -siendo testigo de Jehová- a recibir una transfusión de sangre; en este caso el tribunal afirmó que no había interrupción de la relación causal con base en la regla "*take the victim as you find her*" (cuyo contenido podría resumirse como "la 'constitución anormal' [evidentemente, en sentido muy amplio, pues se incluyen las creencias religiosas] de la víctima no interrumpe la relación causal")<sup>90</sup>. En la misma línea cabe citar el reciente caso *R. v. Dear*<sup>91</sup>: en el supuesto al que se refiere esta resolución, el acusado había producido heridas con arma blanca a la víctima. Frente a la alegación del acusado en apelación de que la víctima había "interrumpido la cadena causal" reabriéndose las heridas o no ha-

---

<sup>89</sup> Cfr. las sentencias en los casos antes referidos del Tribunal Supremo del Estado de Pennsylvania *Commonwealth v. Root* (1961) (cit. por *McCardell*, TempLR 62 [1989], pp. 784 y s., notas 13 y 14) y de la Corte de Apelaciones del Estado de Florida en *Velázquez v. State* (1990) (cit. en *Tressler*, *Understanding Criminal Law*, p. 173).

<sup>90</sup> Cfr. sobre el caso *Norrie*, *Crime*, pp. 145 y s.; *Smith/Hogan*, *Criminal Law*, pp. 338 y s., y la crítica de *Tressler*, *Understanding Criminal Law*, p. 172, nota 61, afirmando que en este caso concurre una decisión libre por parte de la víctima que debe interrumpir el nexo causal. Cfr. otros casos y una exhaustiva crítica de la utilización arbitraria de la idea de "voluntariedad" de la conducta posterior por los tribunales en *Norrie*, *Crime*, pp. 144 y ss. En todo caso, parece que si la conducta de la víctima puede ser calificada de "estúpida", sí puede apreciarse interrupción del nexo causal; cfr. las referencias de *Smith*, *CrimLR* 1996, p. 596.

<sup>91</sup> Corte de Apelaciones de Londres, *CrimLR* 1996, pp. 595 y s.; cfr. el comentario de *Smith*, loc. cit., p. 596.

ciendo nada para impedir que se desangrara al haberse reabierto éstas espontáneamente, la Corte considera que en el caso enjuiciado "...la causa de la muerte [de la víctima] fue el hecho de sangrar por la arteria que el acusado había seccionado. Con independencia de que el resurgir o la continuación del flujo de sangre fuera causado deliberadamente por [la víctima], el jurado estaba autorizado a considerar que la conducta del acusado supuso una contribución operativa a la muerte" y, por tanto, a condenar<sup>92</sup>.

La cuestión se plantea a veces también desde la perspectiva subjetiva *ex ante* del autor, argumentando que la conducta posterior de la víctima no era "previsible", de modo que -de acuerdo con el sistema del *common law*- faltaría *mens rea*<sup>93</sup>. En todo caso, es necesario tener presente que a la tradición doctrinal anglosajona le es ajena la tajante separación continental entre cuestiones objetivas (causalidad en sentido material) y subjetivas (previsibilidad), de modo que bajo el rótulo de "causalidad" también se llevan a cabo consideraciones que en el pensamiento continental se tienen por ajenas a ésta y de carácter subjetivo<sup>94</sup>.

Resulta difícil reconstruir cuál es en detalle la posición mayoritaria respecto de la cuestión, ya que -como es habi-

---

<sup>92</sup> CrimLR 1996, pp. 595 y s., sin subrayado en el original.

<sup>93</sup> Sobre el argumento de la falta de previsibilidad, cfr. *infra* § 4 II. A.

<sup>94</sup> Cfr. sobre esta cuestión sólo Hart/Honoré, *Causation in the Law*, pp. 385 y s.



tual en los ordenamientos anglosajones- la exposición de la doctrina se halla muy vinculada a un número considerable de sentencias individuales pronunciadas a lo largo de un período de tiempo muy dilatado<sup>95</sup>. Sin embargo, parece que al menos en los tribunales superiores de los Estados Unidos se ha consolidado una línea jurisprudencial según la cual si bien no cabe utilizar como *defense* la negligencia de la víctima, el comportamiento de ésta sí que puede ser relevante para determinar tanto la causalidad como el grado de negligencia del autor<sup>96</sup>.

Salvando las distancias, está claro que esta doctrina supone una coincidencia asombrosa con la perspectiva metodológica propia de la línea jurisprudencial del TS en materia de concurrencia de culpas<sup>97</sup>. Y también a la jurisprudencia anglosajona le es aplicable, como resulta evidente después de lo antes expuesto, la afirmación de Cerezo Mir antes citada sobre la doctrina del TS: se aplica un mecanismo de valoración de la conducta de la víctima, "...aunque [se] proclame

---

<sup>95</sup> Cfr., por todos, la crítica de las arbitrariedades jurisprudenciales en este campo realizada por Norrie, *Crime*, pp. 136 y ss. dentro del análisis general de la noción de causalidad.

<sup>96</sup> Cfr. McCardell, *TempLR* 62 (1989), pp. 784 y ss., con numerosas referencias jurisprudenciales.

<sup>97</sup> En este contexto -como en otros muchos-, es de lamentar la escasa atención que por lo general se prestan mutuamente las respectivas doctrinas penales de los círculos jurídicos continental y anglosajón, teniendo en cuenta que -más allá de las diferencias estructurales existentes entre los dos sistemas- frecuentemente se discuten problemas idénticos, como demuestra la coincidencia reseñada.

solemnemente lo contrario..."<sup>98</sup>. En este sentido, llama especialmente la atención el hecho de que las manifestaciones sobre la causalidad hechas en el ámbito anglosajón coinciden en gran medida con lo sostenido por el TS<sup>99</sup>. Por ello, quizás sean útiles para valorar la solución ofrecida por los ordenamientos anglosajones las reflexiones que a continuación se realizan sobre la jurisprudencia del TS.

## **B. Puntos críticos de la "conurrencia de culpas"**

### **1. Elementos nucleares de la doctrina de la concurrencia de culpas**

Podría pensarse que la corriente jurisprudencial acabada de exponer, a pesar de su poca adecuación al rigor de una elaboración dogmática, puede ser al menos un mecanismo razonable para resolver los supuestos problemáticos de intervención de un sujeto (víctima) que resulta posteriormente lesionado en la génesis del riesgo que finalmente conduce a su lesión. Pero ello no es así. Si bien es cierto que la concepción de la concurrencia causal de conductas es más espe-

---

<sup>98</sup> PG I<sup>1</sup>, p. 440.

<sup>99</sup> Constata también que en este campo se utilizan "criterios próximos" a los del TS **Melero Marino**, ADPCP 2/1994, p. 98, nota 67. Y por ello no resulta extraño que se diga -desde una perspectiva más general- que dentro de las doctrinas continentales de la causalidad son las teorías individualizadoras las que resultan familiares a los juristas angloamericanos (como afirman **Hart/Honoré**, *Causation in the Law*, pp. 384, 388, 390): pues éste es el marco teórico, como se ha dicho, en el que puede inscribirse la doctrina de la "conurrencia de conductas" del TS.

cífica<sup>100</sup> a la problemática que otros equivalentes funcionales como la denegación de la previsibilidad, y, por lo tanto, más susceptible de un control de racionalidad, la construcción presenta graves deficiencias de carácter material, especialmente en lo que se refiere a la seguridad jurídica. En este sentido, la crítica a la praxis del TS no se detiene en la mera constatación de falta de excelencia dogmática. Por el contrario, la incorrección dogmática es precisamente la que ofrece cobertura a soluciones de pura equidad, en ocasiones claramente arbitrarias. A continuación, antes de pasar a reflexiones de conjunto sobre la doctrina del TS, se intentará sintetizar los elementos más discutibles de la construcción jurisprudencial.

#### **a) Juicio de equidad**

En primer lugar, la misma indefinición, o, mejor dicho, la incorrección dogmática en que incurre esta doctrina, al ubicar el problema en la causalidad, como se ha dicho, abre un espacio considerable a consideraciones de pura equidad, pues la "ponderación" a efectuar carece de criterios rectores: no

---

<sup>100</sup> Ciertamente, el TS no realiza una construcción dogmática específicamente acomodada a la problemática, sino que, como se ha visto, recurre a un peculiar entendimiento de la causalidad para resolver los supuestos en cuestión. Pero sí ubica la cuestión en el marco de una doctrina jurisprudencial "propia", es decir, no mezcla la cuestión con otras -aunque la "concurrency de culpas" sólo sea un rótulo bajo el que agrupar los casos en cuestión-.

puede tenerlos mientras se ponderen pretendidas intensidades causales, o la mayor o menor "eficiencia causal" de las distintas conductas. En alguna ocasión, el TS prácticamente reconoce que de lo que se trata, desde su perspectiva, es de llegar a un juicio de equidad:

"...la contemplación y subsiguiente estimativa de supuestos de verdadera concurrencia en la aportación causal a la consiguiente relación entre conducta y daño o resultado, obligan a estudiar con detenimiento la aportación causal de cada uno de los agentes, para ponderar así el alcance de los factores causales, morales y materiales [...] ponderarlos axiológicamente y arbitrar la justa solución"<sup>101</sup>; "...la contemplación de supuestos de verdadera concurrencia en el despliegue de la relación de causalidad, en que, tanto el agente como la víctima contribuyen de modo eficiente a la producción del daño, ha llevado a **ponderar en su justa medida** la aportación causal de cada uno de ellos, obligando a **arbitrar soluciones justas** desde el punto de vista tanto de la **equidad y justicia** en el caso concreto como de buena y eficiente técnica jurídico-penal..."<sup>102</sup>. En este sentido, señala acertadamente Torío López<sup>103</sup> que la doctri-

---

<sup>101</sup> STS 16.6.1981 (RA 2744).

<sup>102</sup> STS 6.5.1980 (RA 1810), sin subrayado en el original; obsérvese que el tribunal menciona primero la "equidad" y después la "buena técnica jurídica" como objetivos a alcanzar. En sentido similar, Luzón Domingo (RDCir 1970, pp. 80 y ss.) parece vincular el rechazo tajante de cualquier relevancia de la conducta de la víctima a consideraciones más técnico-jurídicas, mientras que "...aquellos que han vivido el derecho, en el ejercicio de la abogacía o la magistratura suelen atemperar el rigor de los puros principios [sc. del axioma de la no relevancia] con equitativas moderaciones que respondan mejor a las exigencias de cada caso concreto" (loc. cit., p. 80).

<sup>103</sup> LH Fernández Albor, p. 711.

na del TS en este ámbito consiste en lo esencial en la ponderación.

Esta retirada a la justicia individual viene condicionada, como ya se ha señalado, por el hecho de que no existe ninguna teoría de la causalidad hoy aceptada en la que puedan enmarcarse tales consideraciones. En este sentido, es cierto, como dice **Zugaldía Espinar**<sup>104</sup>, que el planteamiento jurisprudencial de la doctrina de la concurrencia de culpas está "...notablemente atrasado si se le compara con la evolución de la jurisprudencia en otros países y con la ciencia penal en general"<sup>105</sup>.

Sin embargo, la doctrina del TS no sólo resulta criticable en cuanto a su construcción teórica. Como consecuencia de ello, en la práctica el punto de partida de la jurisprudencia no permite una solución segura y verificable, sino que abre considerables espacios a la arbitrariedad.

---

<sup>104</sup> RDCir 1981, p. 346.

<sup>105</sup> Por ejemplo, la doctrina del TS muestra similitudes muy significativas con la jurisprudencia del Tribunal Supremo prusiano y las primeras aproximaciones del RG al problema, en las que aparecen también tanto la ubicación de la cuestión en el marco de la causalidad como la "ponderación" difusa de las conductas; cfr. sobre estas doctrinas jurisprudenciales sólo **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 142 y ss. También en Alemania estas soluciones -en el marco de una evolución más general en materia de causalidad- pronto hubieron de enfrentarse a objeciones por parte de la doctrina: en contra de apreciar en este ámbito problemas de causalidad, respecto de manifestaciones similares a las analizadas en el texto dentro de la jurisprudencia del RG, por ejemplo, ya **Exner**, FG Frank I, pp. 583 y ss.

Sirva de ejemplo a este respecto el supuesto de la STS 25.2.1991<sup>106</sup>, en el que se enjuiciaba desde la perspectiva de la doctrina de la concurrencia de culpas o conductas del TS un caso en el que un automovilista desprevenido había atropellado a un peatón que yacía en medio de la calzada por la que transitaba el vehículo del primero. Después de afirmar que la imprudencia del conductor consistió en no percatarse de la presencia de un bulto en la calzada a pesar de que la visibilidad era buena, pues "sólo con el alumbrado público [además de los faros de coche] se divisaba a unos treinta o cuarenta metros que en la calzada había un bulto", el TS admite que la imprudencia del sujeto que resultó atropellado había de degradar la del conductor, pues "la víctima, echada sobre la calzada favoreció y propició las consecuencias de la primera causa desencadenante". Sin embargo, en opinión del TS "La causa primera, primordial y propulsora fundamental del accidente fue la irreflexiva conducción del procesado, sin poder en su intensidad minimizar la culpa del recurrente hasta el punto de exonerarle de responsabilidad." Ahora bien: resulta muy difícil entender por qué razón ha de ser "causa primordial" el descuido del conductor. Con igual justicia podría afirmarse exactamente lo contrario, diciendo que la "causa primordial" está en que la víctima estuviese tumbada en la calzada. Y de hecho, el Tribunal no ofrece fundamentación alguna a su afirmación, que no es más que

---

<sup>106</sup> RA 1412.

eso, una mera afirmación, y no una conclusión que pueda inferirse mediante un proceso lógico de alguna construcción conceptual que permita decidir cuándo una causa es "primordial" y cuándo no.

En algunas ocasiones, de hecho, los esfuerzos del TS por determinar los criterios decisivos para asignar mayor o menor importancia a alguna de las conductas concurrentes acababan generando en vez de un razonamiento lógicamente válido verdaderas tautologías a la hora de definir su doctrina; sirva de ejemplo esta definición del TS: "...apreciando como **prevalentes** en el campo penal las reputadas como **originarias** y **principales** para que el resultado dañoso se origine, teniendo carácter **secundario** las que meramente sean **favorecedoras** o **auxiliares** del mismo."<sup>107</sup>. No parece necesario insistir en la magnitud del espacio a la arbitrariedad que se abre con consideraciones de esta índole<sup>108</sup>. En efecto, pueden encontrarse con facilidad numerosos supuestos en los que el TS, partiendo de hechos muy similares, llega a calificaciones distintas utilizando su doctrina de la concurrencia de culpas, sin que quepa apreciar en qué se fundamenta este tratamiento dispar.

---

<sup>107</sup> STS 23.7.1987 (RA 5619), sin subrayado en el original.

<sup>108</sup> En sentido similar se pronuncia **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 306 y s.

Parece que un buen ejemplo de lo dicho lo ofrecen las STS 23.7.1987<sup>109</sup> y 16.5.1988<sup>110</sup>, cuyo análisis comparativo y más detenido -realizado desde la perspectiva interna de los propios postulados de la doctrina del TS<sup>111</sup>- puede ser oportuno aquí. En ambos casos se enjuiciaba el comportamiento de un agente de la Guardia Civil que haciendo uso de su arma y con ocasión del cumplimiento de un servicio había producido la muerte de otro.

En la STS 23.7.1987, el relato de hechos probados recoge que estando una pareja de la Guardia Civil prestando servicio de control en una carretera, un vehículo se aproximó al puesto, y uno de los agentes, al "ver aparecer el automóvil que conducía el padre de la víctima, le hace repetidas señales con la linterna, de arriba abajo y viceversa, para que se detuviera, y pese a divisar la linterna, aquél no se apercibe de la presencia del agente, no oye las voces de 'Alto a la Guardia Civil' que el procesado profiere, ni tampoco los golpes que con el puño da en la carrocería del coche..." El agente, "al observar que éste [el conductor], desatendiendo las señales reglamentarias que le hizo para que se detuviera, continuaba su marcha sin obediencia a las mismas efectuó tres primeros disparos contra la rueda trasera derecha del vehículo..., realizando otro nuevo disparo posteriormente sobre la rueda trasera izquierda que, por la distancia a que el coche se encontraba ya, por lo avanzado de la noche y por efectuar el tiro, sin fijar el blanco, apoyando el subfusil sobre su cadera, en vez de alcanzar a ésta, como ocurrió con los pri-

---

<sup>109</sup> RA 5619.

<sup>110</sup> RA 3664.

<sup>111</sup> De hecho, un análisis conforme a la propuesta a realizar en el presente estudio -cfr. *infra* §§ 8 y ss.- revelaría que ninguno de los dos supuestos muestra elementos que autoricen a valorar la conducta de la víctima para eliminar o reducir la responsabilidad jurídico-penal del autor.



meros disparos hechos de la misma forma que perforaron la de la derecha, penetró por el maletero del coche alcanzando e hiriendo a la esposa de[l conductor]..., y a un hijo del matrimonio..., de dos años de edad, al que le ocasionó la muerte por la gravedad de las lesiones sufridas..."<sup>112</sup>.

En el caso al que se refiere la STS 16.5.1988, se declara probado que el agente procesado "prestaba sus servicios propios de su cargo en las inmediaciones de [un camping]..., [y] al tener conocimiento de que se estaba produciendo una sustracción de objetos en vehículos aparcados en el lugar, y que se habían producido otros semejantes, se dirigió hacia él, para intentar evitar la misma en cumplimiento de su deber, y al llegar se identificó vistiendo el uniforme reglamentario gritando 'Quieto, la Guardia Civil', ante lo que uno de los autores del hecho huyó del lugar, sorprendiendo al otro... [que estaba dentro de uno de los vehículos estacionados intentando hacerse con el aparato de radio] ...por lo que a fin de evitar dicha sustracción, el procesado esgrimió una pistola reglamentaria con la que encañonó a [la posterior víctima] una vez montada y sin seguro, y al intentar éste en forcejeo con el procesado, coger dicha arma de fuego, al parecer para apartarla y poder huir, y como tirara el procesado el disparador se accionó el mismo, saliendo un disparo que alcanzó a [la víctima] en la zona parietal derecha próxima al occipital, atravesando la cabeza y afectando por tanto al cerebro, lo que le produjo su fallecimiento unas tres horas después..."

Parece a primera vista que se trata de dos supuestos bastante similares: en ambos casos, no concurrir una actividad conjunta de autor y víctima, sino que la interacción producida consiste única-

---

<sup>112</sup> Imaginemos -para situar el supuesto propiamente en el ámbito que aquí interesa- que resulta lesionado el propio conductor.

mente en el intento de zafarse de una posible detención por parte de los agentes de la Guardia Civil. El comportamiento de ambos agentes en lo que se refiere al uso de sus armas parece claramente incorrecto, como el TS señala en las respectivas sentencias (disparar el subfusil; esgrimir el arma montada y sin seguro). Sin embargo, hay alguna diferencia que puede señalarse: en el caso del control de carretera, en primer lugar, el relato de hechos probados no aclara si el conductor del vehículo percibió (o podía percibir) siquiera el control, y, en segundo lugar, es el agente el que genera el riesgo del arma al usar el subfusil -por lo demás, de modo claramente temerario-. En el caso del intento de detención en el camping, es la víctima la que contribuye también decisivamente a la configuración de la situación al abalanzarse sobre el agente, pues es este hecho el que produce el disparo. Pareciera entonces que desde la perspectiva de la doctrina de la "concurrency de culpas", habría de atribuirse quizás cierto valor a la conducta de la víctima del caso del camping (quizás "degradando" la imprudencia del agente, consistente en portar el arma montada y sin seguro, a simple), mientras que -siempre desde la perspectiva de la doctrina del TS- podría atribuirse menor "virtualidad" al comportamiento del conductor en el caso del control de carretera, cuya aportación consiste en la hipótesis de mayor "intensidad" que permitiría el supuesto de hecho (en caso de que se hubiera percatado del control) en el mero intento de alejarse del lugar y en la hipótesis de menor "intensidad" (que no fuera objetivamente posible percibir el control) en la "aportación" causal que toda víctima realiza, es decir, en el mero dato de estar en el lugar de los hechos. Sin embargo, el TS decide exactamente de modo opuesto: "degrada" la imprudencia en el caso del control de carreteras y afirma que no cabe tal degradación en el caso del camping:

Así, en el supuesto del control de carreteras (STS 23.7.1987), el TS argumenta que el conductor no se percató de la presencia de los agentes, "...ni tampoco identifica como disparos, los tres primeros que dicho guardia efectúa, y alcanzan la rueda trasera derecha perforándola, todo ello, tras venir a paso vivo unos cuarenta metros siguiendo al móvil, que no se había detenido, han de estimarse como circunstancias favorecedoras del evento, en el que, sin llegar a ser causa principal ni originaria, sí lo fue coadyuvante, puesto que la actuación del conductor, hacía presumir, aunque fuese erróneamente, una actividad que, al menos, podía reputarse anormal, teniendo en cuenta las razones por las que se había establecido el control, y supone, en definitiva, un proceder negligente o descuidado del padre del niño fallecido, que interfiere en la relación causal, y es suficiente para provocar la rebaja en la escala culposa, hasta degradarla a la calificación de simple imprudencia."

En cambio, en el caso del forcejeo en el camping (STS 16.5.1988), el TS afirma que "...es innegable que fue el procesado con su conducta gravemente imprudente de esgrimir un arma de fuego, montada y sin seguro, frente a una situación como la que queda descrita, quien determinó el resultado de muerte que desgraciadamente se produjo sin que la conducta de la víctima ya descrita tenga fuerza ni para degradar ni menos aún para anular la intensidad de la imprudencia. Hubo en este caso un proceder, omitivo de elementales normas o deberes de cuidado que debe observar una persona medianamente prudente y diligente en el desenvolvimiento y desarrollo de la actividad social estimada como peligrosa de la que pudiera derivarse causalmente un daño o lesión que resulte objetivamente previsible para cualquier persona dentro del círculo de conocimientos y de profesionalidad que corresponda, atendiendo las circunstancias de tiempo, lugar,

tipo de actividad, preparación exigida para su ejercicio, etc."

Parece difícil seguir, en un plano comparativo, el razonamiento del TS, pues, como se ha visto, aplica la doctrina de la concurrencia de culpas precisamente en aquel caso en el que la aportación de la víctima -sin duda alguna- es de menor entidad. Para entender la discrepancia no cabe otra solución que suponer que la valoración implícita de la situación -con implicaciones políticas evidentes- por parte del juzgador era distinta. Y es que en términos como "causa originaria", "coadyuvante", etc., la pura decisión del juzgador encuentra un inmejorable parapeto.

En última instancia, cabe señalar que parece imponerse en supuestos similares la tesis de la resolución sobre el caso del camping y no la del supuesto del control de carreteras<sup>113</sup>; afortunadamente, hay que añadir, si se quiere evitar que cualquier descuido en un contacto con las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado se convierta en una posible causa de pérdida o disminución de la protección del Derecho penal.

#### **b) Ambito de aplicación**

En segundo lugar, la escasa fundamentación dogmática que el TS ofrece para su doctrina de la concurrencia de culpas no

---

<sup>113</sup> Cfr. el rechazo de concurrencia de culpas en un caso muy similar, STS 24.3.1995 (RA 2231), en la que se enjuiciaba la conducta de un guardia civil que intenta detener a un sujeto que circula con un vehículo robado, disparándose en el forcejeo el arma que el agente llevaba montada y sin seguro; también STS 22.11.1993 (RA 8654), referida ésta a un guardia jurado que igualmente intentaba detener a un sujeto que estaba cometiendo un robo.

pone en claro cuál debe ser -para el propio tribunal- el ámbito (fenomenológico) de aplicación de la construcción. De ahí que -como se ha señalado antes- la jurisprudencia aplique la construcción de modo prácticamente exclusivo a casos en los que interviene la víctima (y no terceros), pero pueden encontrarse sentencias en las que sí se produce esa aplicación. Y que el TS pueda aplicar indistintamente, como también se ha indicado antes, la doctrina a supuestos en los que la relevancia de las intervenciones de víctima y autor y el grado de interacción entre ambos es de muy diversa magnitud. Lo que sucede es que el recurso al comodín de la causalidad permite la aplicación de la construcción prácticamente a arbitrio del juzgador.

En este sentido, la misma construcción es aplicada a constelaciones de casos en las que han de discutirse, en realidad, cuestiones muy diversas<sup>114</sup>; simplificando, puede decirse que la doctrina del TS mete en un mismo saco casos en los que lo que la cuestión esencial es si concurre un comportamiento típico con otros en los que lo esencial es determinar -por diversas razones- si resulta imputable el resultado.

En todo caso, esta indeterminación en cuanto al campo de aplicación es la que, además, permite bascular a la juris-

---

<sup>114</sup> Esto ha sido señalado en varias ocasiones; cfr. las propuestas de ordenación del material de casos hechas por **Joshi Jubert**, ADPCP 1989, pp. 741 y s. y **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 307 y ss.

prudencia en ocasiones entre su doctrina de la concurrencia causal de conductas y la institución del consentimiento, dependiendo de que su objetivo sea el de otorgar o no relevancia a la intervención de la víctima, sin mayor fundamentación material de cuál es la razón por la que el supuesto se aborda por medio de una u otra construcción<sup>115</sup>.

### c) Examen individual de las conductas

En tercer lugar, es dudoso que la construcción aporte una consideración material específica que tenga en cuenta las peculiaridades de los supuestos de interacción densa entre sujeto lesionado y no lesionado, pues precisamente -como ya se ha señalado- se sostiene por el TS que la valoración de la relevancia causal de conductas debe realizarse separando

---

<sup>115</sup> Cfr., por ejemplo, el caso que dio lugar a la STS 22.10.1981 (JC 1177), en el que se trataba de un supuesto en el que con ocasión de un robo con intimidación, el arma utilizada en el mismo se le disparó a uno de los autores del hecho accidentalmente, hiriendo de muerte a otro de los autores del robo. También sitúa el problema en el ámbito del consentimiento -si bien desde una perspectiva diversa, partiendo de la distinción entre auto- y heteropuesta en peligro- (en el supuesto enjuiciado, víctima y autor habían acordado que el segundo dispararía con un arma de fuego sobre una botella sostenida por la víctima en el momento de beber, errando el disparo y produciéndole la muerte a la víctima; caso de la botella) la ya citada y muy interesante STS 17.7.1990 (RA 6728) (cfr. supra § 1 II. B. 8. el supuesto de hecho de esta resolución y el comentario de Mir Puig en ADPCP 1991, pp. 259 y ss.). Recuérdese también la mención de Quintano Ripollés a la "doble perspectiva" de la causalidad y del consentimiento (*Derecho penal de la culpa [imprudencia]*, pp. 321 y s.). De todos modos, parece que en el caso antes mencionado concurren un elemento que dificulta la calificación del supuesto: en efecto, el resultado lesivo se produce por una "imprudencia suplementaria" (al riesgo asumido en común) del autor (sobre esta cuestión cfr. *infra* § 9 I. A. 4. a).

las conductas para considerarlas aisladamente: "se origina un concurso de conductas, para cuya calificación debe procederse al examen de cada una con **individualización, como si se tratase de entidades separadas**, y obtenida la graduación específica de cada conducta concurrente, elevarla al plano comparativo con las demás coadyuvantes..."<sup>116</sup>.

Parece, sin embargo, que si éste fuese realmente el entendimiento del TS, no habría sido necesaria la creación de la construcción de la concurrencia causal de conductas: si realmente se tratase de una valoración separada de cada una de las conductas concurrentes, es decir, sin tener en cuenta el carácter específico que adquiere el hecho por la circunstancia de que sea precisamente la víctima misma la que interviene en la génesis del riesgo<sup>117</sup>, bastaría con recurrir a otras instituciones dogmáticas, sin crear una construcción especial. Como ya se dijo<sup>118</sup>, sin embargo, los supuestos que

---

<sup>116</sup> STS 23.7.1987 (RA 5619), sin subrayado en el original; en sentido similar, entre otras, STS 14.4.1970 (JC 442); 28.9.1979 (RA 3166); 29.4.1980 (RA 1507); 30.12.1987 (JP 2603), 25.2.1991 (RA 1412); así también Cerezo Mir, ADPCP 1983, p. 501: "...hay que examinar con **independencia** cada una de las conductas, pues no se admite en el ámbito del Derecho penal, a diferencia del Derecho civil, la compensación de culpas" (sin subrayado en el original; también *idem*, PG I<sup>4</sup>, p. 440).

<sup>117</sup> Aunque en ocasiones el TS parece percatarse de que el hecho de que una de las conductas concurrentes sea la de la propia víctima debe atribuir autonomía al problema: "...es cierto que no es lo mismo tratar de tal concurrencia en las conductas originadoras, desde el plano activo, en el accidente, que cuando ese estudio comparatorio ha de hacerse entre las conductas en principio causantes o desencadenantes, de un lado, y la propia de la víctima que en alguna medida colaboró o propició el resultado." (STS 8.2.1991 [RA 923]).

<sup>118</sup> Cfr. *supra* § 1 I. e *infra* § 9 I. A

aparecen como más problemáticos son los de mayor nivel de interacción entre víctima y autor: aquellos que sólo pueden ser abarcados en su significado si se parte de que confluyen los comportamientos de (al menos) dos sujetos diferentes, supuestos en los que sólo de esta circunstancia puede extraerse el significado a valorar del comportamiento (conjunto).

#### d) Concurrencia de "culpas"

En cuarto lugar, se plantea una cuestión esencial relativa a la determinación de las características del comportamiento de la víctima que puede dar lugar a la aplicación de la doctrina de la concurrencia de conductas: se habla, como se ha visto, de que concurre la culpa de la víctima con la del autor<sup>119</sup>, y ello sin ulterior explicación acerca de en qué puede consistir esa "culpa" de la víctima. Es evidente que no se trata de imprudencia en el sentido habitual en la terminología jurídico-penal, pues la víctima en ningún caso realiza una infracción imprudente al poner en riesgo sus propios bienes. Y también parece claro, más allá de esto, que la mera existencia de una "culpa" no puede eliminar de modo directo otra "culpa". Entonces, parece que implícita-

---

<sup>119</sup> Cfr. también en este sentido, planteando la necesidad de concurrencia de "imprudencia" en el comportamiento de la víctima, **Torío López**, LH Fernández Albor, pp. 709 y ss.



mente se está pensando en la existencia de algún tipo de deberes de autoprotección respecto de los cuales la víctima se haya comportado "imprudentemente", y que esa "infracción" de algún modo -de nuevo, el fenómeno de la "normatividad oculta"<sup>120</sup>- ha de incidir en la determinación de la responsabilidad del autor<sup>121</sup>. Ello guarda en cierta medida -al menos en la terminología- similitudes con aquellas posturas<sup>122</sup> que ponen en la base de sus consideraciones la falta de merecimiento de protección de las víctimas en los casos en cuestión.

**e) Ubicación de la cuestión en la teoría de la imputación objetiva**

Estas deficiencias o indefiniciones en el plano teórico<sup>123</sup> han conducido a que la mayoría de los autores que se han ocupado últimamente de la problemática de la concurrencia de conductas en la jurisprudencia del TS se hayan pronunciado a favor

---

<sup>120</sup> Vid. *supra* § 4 I. A. 3.

<sup>121</sup> Cfr. la postura de **Torío López** (LH Fernández Albor, p. 709), quien se limita a definir la "imprudencia" de la víctima como comportamiento "discrepante del que hubiera emprendido un hombre prudente y diligente"; acertadamente en contra de que se pueda hablar de concurrencia de culpas en sentido del Derecho penal en este caso, por falta de tipicidad del comportamiento de la víctima, **Mir Puig**, ADPCP 1991, p. 262; desde la perspectiva de la responsabilidad civil, cfr. también **Quintero Olivares/Tamarit Sumalla**, *ComNCP*, pp. 570 y s. Sobre la cuestión de los "deberes de autoprotección" -que, desde la perspectiva aquí defendida es más de índole terminológica que otra cosa-, cfr. *infra* § 9 I. B. 1.

<sup>122</sup> Cfr. *infra* § 7.

<sup>123</sup> Según **Gracia Martín** (en: **Díez Ripollés/Gracia Martín**, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 61) es el hecho de que el TS no distingue entre causalidad e imputación objetiva lo que le permite construir su doctrina.

de considerar que se trata de un problema perteneciente a la imputación objetiva<sup>124</sup>. También se utiliza esta terminología en alguna sentencia reciente del propio TS<sup>125</sup>, si bien en muchas ocasiones la mención es puramente incidental, mientras que en otras se produce de modo algo confuso, combinando de manera poco clara la mención de la imputación objetiva con la doctrina jurisprudencial de la concurrencia causal de conductas, o con la afirmación de una menor entidad de la imprudencia<sup>126</sup>.

Sirvan de ejemplo esto último las siguientes consideraciones del Tribunal: "...es... obligado valorar en dicho ámbito [el penal] las conductas concurrentes, para calibrar así la respectiva relevancia de las mismas en el plano causal, con sus inevitables repercusiones en la imputación objetiva del resultado, y, finalmente, en el de la determinación de la gravedad de la imprudencia en su aspecto subjetivo."<sup>127</sup> Ultimamente, y en concor-

---

<sup>124</sup> En este sentido ya **Cerezo Mir**, ADPCP 1983, p. 501; *idem*, PG I<sup>a</sup>, p. 440; **Torío López**, LH Fernández Albor, pp. 719 y ss.; **Joshi Jubert**, ADPCP 1989, pp. 741 y s.; **Gracia Martín**, en: **Díez Ripollés/Gracia Martín**, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 61; **Zubiri de Salinas**, en: CGPJ (ed.), *Causalidad e imputación objetiva*, p. 205; desde la perspectiva de la responsabilidad civil, igualmente **Montés Penadés**, ComCP 1995 I, p. 613.

<sup>125</sup> Cfr. en este sentido STS 30.12.1987 (JP 2603); 30.5.1988 (RA 4116); 26.12.1989 (RA 9788); 17.7.1990 (RA 6728); también SAP Barcelona (Sección 3<sup>a</sup>) 15.12.1993 (RA 8). Es muy clara al respecto la SAP Bilbao (Sección 2<sup>a</sup>) 24.11.1995 (recogida en: *Bizkaia Jaurerriko Abokatuen Bazkun Ohoretsua/Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, 2<sup>a</sup> época, n<sup>o</sup> 1 [enero/marzo 1996], pp. 240 y ss.), que, tras descartar que se trate de una cuestión causal, afirma: "...lo que puede determinar si hubo o no un comportamiento relevante de [la víctima] desde el punto de vista de la concurrencia de culpas, es un análisis normativo, es decir, desde el punto de vista de la imputación objetiva." (loc. cit., p. 241).

<sup>126</sup> O incluso con la doctrina de la interrupción del nexo causal; cfr. en este sentido las interesantes STS 8.11.1991 (RA 8298) y 17.9.1993 (RA 6697) (cfr. el supuesto de hecho de estas resoluciones supra § 1 II. A. 9. y 8., respectivamente).

<sup>127</sup> En STS 30.5.1988 (RA 4116).

dancia con la mayor penetración de la teoría de la imputación objetiva en la doctrina del TS, parece que el tribunal combina -con mayor claridad- como ámbitos separados las ideas de "autopuesta en peligro" y "fin de la norma" en cuanto elementos de la imputación objetiva con la doctrina de la concurrencia de culpas<sup>128</sup>. También pueden encontrarse resoluciones en las que la problemática se sitúa ya plenamente en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva, sin acudir ya a la doctrina de la concurrencia de culpas<sup>129</sup>.

Esta ubicación dogmática, sin embargo, deja abiertas varias cuestiones: en primer lugar, adolece de todas las discrepancias que afectan a la teoría de la imputación objetiva. De modo muy señalado, las cuestiones acerca de si la imputación objetiva se refiere sólo a delitos imprudentes, y acerca de si debe entenderse sólo como imputación de resultados<sup>130</sup>. Además, quedan dos frentes abiertos que la mera referencia a la imputación objetiva -en su versión mayoritaria, es decir, como imputación de resultados- no puede solventar: por un lado, desde la perspectiva de esta teoría entendida como imputación de resultados, parece difícil explicar que el TS se pronuncie a favor de una atenuación de la responsabilidad ("degradación" de la culpa del

---

<sup>128</sup> Así, en la importante (como bien afirma **Silva Sánchez**, en: CGPJ [ed.], *Victimología*, p. 36) STS 20.2.1993 (RA 1383; caso de la entrega de heroína; cfr. el supuesto de hecho supra § 1 II. A. 3.), el Tribunal, después de afirmar que no puede excluirse la imputación objetiva (siguiendo el planteamiento desarrollado por **Roxin** que distingue entre "participación en una autopuesta en peligro" y la "heteropuesta en peligro consentida"; cfr. *infra* § 6. I.), en cambio sí degrada la imprudencia conforme a la doctrina de la concurrencia de culpas, pero sin que el Tribunal haga una reflexión explícita acerca de cómo se integra la teoría de la imputación objetiva con la doctrina de la concurrencia de culpas.

<sup>129</sup> Así la muy interesante STS 23.5.1995 (Sala Quinta) (RA 4156); cfr. el supuesto de hecho de esta resolución supra § 1 II. A. 11.

<sup>130</sup> Cfr. sobre ello supra § 3.

agente), pues la imputación del resultado se produce o no. Por otro lado, precisamente desde esta perspectiva, no parece que puedan abarcarse adecuadamente, de nuevo, los casos de interacción densa entre autor y víctima (casos en los que, por otro lado, la imputación del resultado a una conducta puede ser diáfana), mientras que el aspecto que puede resultar discutible es si el comportamiento es típico. En suma, la atribución de la problemática, y, más concretamente, de la práctica jurisprudencial del TS, al ámbito de la imputación objetiva no significa *per se* un paso positivo mientras no se especifique de qué "teoría de la imputación objetiva" se parte<sup>131</sup>. Pues, como ya se ha señalado, de lo contrario se corre el riesgo de ubicar meramente el problema bajo la "rúbrica" de la imputación objetiva sin darle un verdadero tratamiento material<sup>132</sup>.

## 2. Valoración de la doctrina de la concurrencia de culpas

Pueden, entonces, formularse varias reflexiones a la hora de valorar la doctrina de la concurrencia de conductas.

### a) Especificidad

En primer lugar ha de constatarse ante todo que a pesar de su evidente falta de claridad sistemática -y el consiguiente

---

<sup>131</sup> Cfr. sobre esto *supra* § 3.

<sup>132</sup> Cfr. *supra* § 3 I.; la expresión es de *Zaczyk, Selbstverantwortung*, p. 50.

carácter proteico de sus afirmaciones, que admiten interpretaciones sistemáticas de muy variado signo-, constituye, en todo caso, un avance frente a la simple denegación axiomática de relevancia en el sistema de imputación jurídico-penal a la conducta de la víctima. Y ésta es precisamente su mayor virtud: pues aunque desde el punto de vista dogmático, como se ha señalado, se trate -al menos en algunos casos- de un caso modélico de creación de una coartada de doctrina jurisprudencial para posteriormente dar paso a consideraciones de equidad, no debe dejar de decirse que al menos se crea una doctrina "propia" para el problema -aunque ésta esté enmarcada en un plano sistemático tan genérico como lo es el de la causalidad-, es decir, que se reconoce al menos abiertamente la relevancia de la cuestión, y esto es importante. En este sentido, cabe hacer referencia a que en la jurisprudencia del BGH, por ejemplo, no aparecieron consideraciones tendentes a tener en cuenta específicamente la conducta de la víctima hasta fechas muy recientes<sup>133</sup>, o que la jurisprudencia italiana -centrada en la perspectiva del consentimiento- es muy restrictiva a la hora de valorar la aportación al riesgo de la víctima<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> Hasta 1984, en que asumió la doctrina de la "autopuesta en peligro", cfr. *infra* § 6 I. C.

<sup>134</sup> Cfr. las resoluciones recogidas en Cass.Pen. 1983, p. 282 y por Licitra, Cass.Pen. 1985, pp. 513 y ss.

En todo caso, hay que señalar que la construcción del TS, a pesar de su especificidad, sigue tratando de modo demasiado indiferenciado -como se ha mostrado al analizar antes el ámbito de aplicación de la doctrina- grupos de casos que en realidad pertenecen a contextos diferentes<sup>135</sup>.

**b) Contexto sistemático y "normatividad oculta"**

En segundo lugar, como se ha adelantado al principio de este apartado, el desarrollo de la doctrina jurisprudencial (sc. el paso en la doctrina del TS de la compensación de culpas como fenómeno de culpabilidad a la concurrencia de conductas como fenómeno [pretendidamente] causal) muestra un paralelismo con la evolución general del TS en materias que suelen adscribirse en la doctrina científica actual a la imputación objetiva. Bajo el rótulo de la "causalidad", en realidad se da paso a consideraciones limitadoras de la responsabilidad motivadas por razones materiales de índole normativa; ahí donde el problema se situaba antes en el plano de la culpabilidad entendida de modo psicológico (en muchas ocasiones, acudiendo al caso fortuito o a la imprevisibilidad<sup>136</sup> para problemas generales que hoy se ubicarían en la imputación

---

<sup>135</sup> Cfr. la propuesta de diferenciación que se realiza en el presente estudio infra § 9.

<sup>136</sup> Sobre esto a continuación § 4 II. A

objetiva), se pasa al plano de la causalidad<sup>137</sup>. Es decir, con la doctrina de la concurrencia de culpas se pasa del primero al segundo de los "tipos ideales" antes aludidos.

Y sin dejar de reconocer, como antes se ha expuesto, que la ubicación del tratamiento dogmático en el ámbito de la causalidad es incorrecta, y ofrece precisamente la cobertura a consideraciones de equidad, también es cierto que el componente normativo está presente de modo evidente en la doctrina del TS<sup>138</sup>. Es este elemento normativo tácito el que permite "resolver" el enigma -o, mejor dicho, comprender su verdadero alcance- de cómo pueden "concurrir causalmente"

---

<sup>137</sup> Es decir, se trata en los tres casos -desde la perspectiva actual- de "restricciones de la imputabilidad objetiva con ayuda de criterios tradicionales" (la expresión es utilizada por **Mir Puig**, Adiciones a **Jescheck**, PG, p. 393, apoyándose en la utilizada por **Jescheck**, AT<sup>3</sup> y AT<sup>4</sup>, § 28 III: "restricciones de la imputación objetiva en la doctrina tradicional"; también **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 231).

<sup>138</sup> Probablemente es esto lo que lleva a decir, -desde la perspectiva aquí adoptada, acertadamente-, a **Rodríguez Montañés** (en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, p. 3380) que se trata de una doctrina "...justa y correcta en los resultados a los que llega", señalando también, con igual razón, que "su fundamentación es incorrecta" (cfr. en sentido similar también **Luzón Peña**, PG I, p. 526), como acaba de exponerse en el texto. Cfr. también *infra* § 9 II. B. 3. Vid. ya, en términos similares -y respecto de construcciones dogmáticas "implícitamente normativas" comparables-, la defensa de los componentes valiosos (es decir, en este contexto: normativos, más allá de afirmaciones incorrectas en materia de causalidad) en la antigua teoría de la prohibición de regreso realizada por **Roxin**, FS Honig, p. 144, nota 28; *idem*, AT I<sup>2</sup>, 11/97, precisamente desde la perspectiva de la conducta de la víctima; cfr. también las consideraciones en la misma línea, por ejemplo, expuestas por **Burgstaller**, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 106, nota 54; **Spendel**, JuS 1974, p. 749; **Meyer**, *Autonomie*, pp. 109 y s.; **Schumann**, *Selbstverantwortung*, p. 6; **Peñaranda Ramos**, *La participación*, pp. 288 y ss., 289 y s., tanto respecto de la teoría de la interrupción del nexo causal como de la prohibición de regreso. Cfr. por otro lado el intento de reinterpretación de esta última teoría como teoría de autoría y participación realizado por **Walther** (*Eigenverantwortlichkeit*, pp. 84 y ss., 87 y ss.).

las "culpas" de autor y víctima. Pues esta terminología no significa otra cosa que es el hecho de que se trate -sea dicho, de momento, en términos genéricos<sup>139</sup>- de un comportamiento de algún modo imputable a la víctima el que da lugar a la influencia de esta conducta en la valoración jurídico-penal de la conducta. Sólo esta valoración implícita -y no la literalidad de la doctrina del TS, las causas "poderosas", "preponderantes", etc.- es la que permite que el TS discrimine, con toda naturalidad, aquellos casos en los que aplica la concurrencia de culpas de aquellos otros supuestos en los que se da participación necesaria de la víctima, con una "influencia causal" poderosísima, si así se quiere, pero el comportamiento de la víctima no es imputable, no hay "culpa" de la víctima<sup>140</sup>. Precisamente este carácter normativo subyacente que ha quedado evidenciado en la exposición

---

<sup>139</sup> Cfr. el desarrollo aquí propuesto *infra* § 9.

<sup>140</sup> A modo de ejemplo tan sólo: la STS 26.1.1981 (JC 66) descarta la aplicación de la doctrina de la concurrencia de culpas en un supuesto en el que el autor conducía un tractor por una finca en la que junto a la víctima -que le acompañaba subida al remolque del vehículo- realizaba labores agrícolas. Al aproximarse al borde de la finca -y estando ésta situada a un nivel superior en 1,5 m superior al del predio colindante-, el conductor del tractor volvió la vista atrás para examinar la labor acabada de hacer antes de dar la vuelta al vehículo; éste se precipitó por el terraplén existente hacia la finca contigua, causando la muerte de la víctima. Al contestar a la alegación de falta de aplicación de la doctrina de la concurrencia de culpas, el TS afirma: "...el comportamiento del más tarde interfecto al dejarse transportar en el apero que remolcaba el tractor podrá ser un condicionamiento de su propio óbito, pero no produjo, causó o desencadenó el resultado, **no influyendo ni un ápice en la causación del mismo**, la cual dimanó o procedió exclusivamente de la torpe, desatenta e imprecavida conducta del procesado..." (sin subrayado en el original). Es evidente -para cualquier entendimiento común de causalidad- que la víctima sí intervino en el plano causal. Pero es igual de evidente que lo que el TS -acertadamente en lo material- quiere expresar es que la conducta de la víctima es irrelevante por no imputable -dicho sea, de nuevo, en términos genéricos-.



precedente de la jurisprudencia del TS -y que no siempre se reconoce de modo suficiente en la doctrina<sup>141</sup>- es el que convierte a la doctrina del TS -aunque, como también se ha mostrado, carezca de un instrumentario dogmático adecuado- en algo distinto de un mero "saldo" de culpas en la esfera de la culpabilidad<sup>142</sup>, y es, a la vez la razón de la colocación de la concurrencia de culpas en el ámbito de la causalidad. Es también esta "normatividad oculta" la que explica las sorprendentes coincidencias que cabe advertir en la doctrina anglosajona respecto de la aproximación del TS. En este sentido, no es casual que el TS haya desarrollado la doctrina de la concurrencia de culpas precisamente respecto

---

<sup>141</sup> Por el contrario, en ocasiones las valoraciones que ha merecido la doctrina de la concurrencia de culpas parecen ver solamente los defectos de construcción y la indeterminación -que indudablemente concurren- de la aproximación jurisprudencial, sin valorar adecuadamente los componentes normativos implícitos en la praxis del TS; vid., por ejemplo, la crítica demasiado indiferenciada de **Martínez Escamilla** (*La imputación objetiva del resultado*, pp. 305 y ss.). En este sentido, no parece afortunado centrar el análisis exclusivamente en la perspectiva de la corrección dogmática sin tener en cuenta los resultados alcanzados: sirva de ejemplo el análisis realizado por **Martínez Escamilla** (op. cit., pp. 308 y s., nota 360) de la STS 25.9.1986 (JP 1149, caso de la competición de motocicletas, cfr. el supuesto de hecho supra § 1 II. B. 7.), análisis en el que sólo se resaltan los defectos de construcción de la doctrina jurisprudencial -eso sí, "dejando al margen eventuales problemas de... autopuesta en peligro"-, sin tener en cuenta que la solución del TS -degradación de la imprudencia del interviniente no lesionado- con toda seguridad responde a las mismas motivaciones que lo que se suele llamar "autopuesta en peligro". En suma: la doctrina del TS no puede ser medida únicamente por los parámetros de corrección dogmática manejados en la teoría -aunque esto, como es lógico, es necesario-, sin adoptar un punto de vista que vaya algo más allá y tenga presentes los resultados alcanzados y las motivaciones normativas, que, si bien implícitas, están a la vista.

<sup>142</sup> Procedimiento que sería, desde luego, inviable; cfr. sólo **Neumann**, en: **W. Hassemer** (ed.), *Strafrechtspolitik*, pp. 230 y s.

de la conducta de la víctima<sup>143</sup>: supone el reconocimiento implícito de la especial calidad -desde el plano normativo- que debe corresponder a la intervención de quien contribuye a la lesión de sus propios bienes. Esto adquiere aún más relevancia si se tiene presente -como se ha constatado al revisar la jurisprudencia del TS- que la construcción jurisprudencial no sólo se aplica a supuestos en los que hay una mera confluencia de conductas generadoras de riesgo, sino también a aquellos otros en los que víctima y autor configuran conjuntamente el contexto del comportamiento que finalmente ha de lesionar a la primera. En relación con lo antes dicho, ha de tenerse en cuenta que la estructura de la construcción jurisprudencial, quizás precisamente por su ubicación dogmáticamente discutible en la causalidad, permitiría en principio su ubicación en un plano objetivo independiente de la actitud subjetiva del autor<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Si bien -como se ha señalado supra § 4 I. A. 2.- aparecen algunas sentencias en las que se aplica la construcción a la intervención de terceros, esto no es más que una desviación de lo que es la doctrina nuclear, pensada para la intervención de la víctima; en este sentido, expresamente, STS 20.1.1987.

<sup>144</sup> Cfr. la STS 6.11.1986 (en el supuesto enjuiciado la víctima agravó unas lesiones dolosas producidas por el autor por su propia falta de cuidado; el TS tan sólo condenó [vigente en aquel momento aún la regulación de los delitos de lesiones que hacía depender la calificación del tiempo de curación] por las lesiones [sc., con base en el tiempo de curación] realmente producidas por el autor, y no por el resultado de mayor gravedad achacable al comportamiento descuidado de la víctima), y las consideraciones de Silva Sánchez (en: CGPJ [ed.], *Victimología*, pp. 36 y s.) al respecto: con razón dice que se trata de un caso "evidente" para la doctrina actual (y ello ya en el plano objetivo). De todos modos, el *nomen iuris* de la "concurrency de culpas" o "de conductas" es reservado por el TS habitualmente a supuestos en los que no parece haber dolo, así, por ejemplo, en la STS 8.9.1989 (RA 6623), el TS afirma tajantemente (si bien en *obiter dicta*, pues se discute la aplicabilidad de (continúa...)

de la conducta de la víctima<sup>143</sup>: supone el reconocimiento implícito de la especial calidad -desde el plano normativo- que debe corresponder a la intervención de quien contribuye a la lesión de sus propios bienes. Esto adquiere aún más relevancia si se tiene presente -como se ha constatado al revisar la jurisprudencia del TS- que la construcción jurisprudencial no sólo se aplica a supuestos en los que hay una mera confluencia de conductas generadoras de riesgo, sino también a aquellos otros en los que víctima y autor configuran conjuntamente el contexto del comportamiento que finalmente ha de lesionar a la primera. En relación con lo antes dicho, ha de tenerse en cuenta que la estructura de la construcción jurisprudencial, quizás precisamente por su ubicación dogmáticamente discutible en la causalidad, permitiría en principio su ubicación en un plano objetivo independiente de la actitud subjetiva del autor<sup>144</sup>.

---

<sup>143</sup> Si bien -como se ha señalado supra § 4 I. A. 2.- aparecen algunas sentencias en las que se aplica la construcción a la intervención de terceros, esto no es más que una desviación de lo que es la doctrina nuclear, pensada para la intervención de la víctima; en este sentido, expresamente, STS 20.1.1987

<sup>144</sup> Cfr la STS 6.11.1986 (en el supuesto enjuiciado la víctima agravó unas lesiones dolosas producidas por el autor por su propia falta de cuidado; el TS tan sólo condenó [vigente en aquel momento aún la regulación de los delitos de lesiones que hacía depender la calificación del tiempo de curación] por las lesiones [sc., con base en el tiempo de curación] realmente producidas por el autor, y no por el resultado de mayor gravedad achacable al comportamiento descuidado de la víctima), y las consideraciones de **Silva Sánchez** (en: CGPJ [ed.], *Victimología*, pp. 36 y s.) al respecto: con razón dice que se trata de un caso "evidente" para la doctrina actual (y ello ya en el plano objetivo). De todos modos, el *nomen iuris* de la "concurrency de culpas" o "de conductas" es reservado por el TS habitualmente a supuestos en los que no parece haber dolo, así, por ejemplo, en la STS 8.9.1989 (RA 6623), el TS afirma tajantemente (si bien en *obiter dicta*, pues se discute la aplicabilidad de (continúa...))

### c) La idea del reparto de responsabilidades

Finalmente y en tercer lugar, se debe subrayar que merece especial interés la idea del "reparto" de responsabilidades que subyace a la afirmación de que no sólo pueden darse supuestos de exoneración total del agente, sino también casos de "degradación" de la culpa<sup>145</sup>. Pues si bien -como se ha indicado- parece difícil fundamentar cómo puede afectar la concurrencia de un comportamiento imprudente por parte de uno de los sujetos a la "imprudencia" de otro interviniente<sup>146</sup>, hay que destacar que desde el punto de vista material el TS afirma que existen supuestos en los que la conducta de

---

<sup>144</sup> (...continuación)

la concurrencia de culpas tan sólo en lo referido a la indemnización): "...tampoco tiene fundamento [la pretensión de que se aplique al supuesto (de una riña) la doctrina de la concurrencia de conductas] alguno, ya que la posibilidad de reducir el quantum del resarcimiento por culpa de la víctima es apreciada por esta Sala en los delitos culposos por aplicación del principio de moderación; pero es absolutamente inaplicable en la esfera de las infracciones dolosas, en las que la bilateralidad de las conductas da lugar en este caso a la formación de dos causas separadas e independientes en cada una de las cuales la posición de las partes como acusadora y acusada varía." Acerca de que la cuestión de las actitudes psíquicas internas, tanto de la víctima, como, sobre todo, del autor, encubre en realidad una problemática material de ámbitos de responsabilidad, cfr. en el presente trabajo *infra* §§ 9 I. A. 3. y 10 II. B.

<sup>145</sup> Cfr. *infra* § 9 II. B. 3.: desde la perspectiva aquí defendida, de disminución del injusto; precisamente en contra de esta posibilidad, **Zugaldía Espinar**, RDCir 1981, p. 347; **Mir Puig**, ADPCP 1991, p. 262; **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 303 y ss., 310; **Gracia Martín**, en: **Díez Ripollés/Gracia Martín**, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 61. Valoran, sin embargo, de modo positivo esta posibilidad -opinión que aquí se comparte, cfr. *infra* § 9 II. B. 3.-, por ejemplo, **Rodríguez Montañés**, en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, pp. 3380 y s.; **Luzón Peña**, PG I, p. 527; **Vives Antón**, *ComCP* 1995 I, p. 91.

<sup>146</sup> Cfr. **Quintero Olivares/Tamarit Sumalla**, *ComNCP*, pp. 570 y s., en relación con la responsabilidad civil.

la víctima puede disminuir la responsabilidad del autor, pero sin excluirla por completo. La doctrina científica moderna, sin embargo, está más centrada en un esquema en el que sobre todo se trata de excluir o afirmar la responsabilidad<sup>147</sup>. Y, sin embargo, sí hay un determinado sector de los supuestos en los que -aunque con una construcción dogmática distinta- parece que -como se intentará fundamentar más adelante<sup>148</sup>- debe llegarse a esta solución de "reparto de responsabilidades". Pues hay casos en los que no puede afirmarse que exclusivamente uno de los intervinientes (víctima o autor) haya de asumir la lesión producida; casos en los que se da una auténtica acumulación o concurrencia de riesgos distintos. En este sentido, puede pensarse que desde la perspectiva de las consecuencias materiales, en lo que se refiere a esta cuestión la jurisprudencia del TS va en una dirección que debe valorarse -al menos respecto de un determinado sector de casos- de forma positiva.

---

<sup>147</sup> Cfr. las críticas a la práctica del TS acabadas de reseñar en nota e *infra* §§ 5, 6, 7 la exposición de distintos paradigmas dogmáticos.

<sup>148</sup> Cfr. *infra* § 9 II. B. 3.

## II. Otras soluciones específicas dentro de la ----- dogmática del delito imprudente -----

Como se ha dicho, no siempre el problema de la intervención de quien posteriormente resulta lesionado se ha manifestado en el marco de una institución dogmática específica. Por el contrario, en muchas ocasiones se ha recurrido -y se recurre- a construcciones generales.

Ello ocurre de modo especial en el ámbito del delito imprudente<sup>149</sup>, en el que se ha propuesto, desde distintos puntos de vista, acudir a determinados elementos específicos de la imprudencia para atribuirle relevancia al comportamiento de la víctima en la valoración jurídico-penal del hecho. Tienen especial importancia en este sentido, por un lado, la solución a los casos en cuestión afirmando que el resultado lesivo finalmente acaecido no era previsible para el autor, desapareciendo así uno de los presupuestos de la punición por imprudencia. Por otro lado, también se ha ubicado la problemática en el sector objetivo-normativo de la imprudencia -tal y como se configura en la construcción dogmática más extendida en la actualidad-, en el deber objetivo de cuidado. Como característica común a estas aproximaciones a la cuestión, al estar necesariamente circunscritas al delito

---

<sup>149</sup> En este sentido dice **Arzt** (MSchrKrim 67 [1984], p. 109) que las consideraciones relativas a la valoración de la conducta de la víctima se han producido desde siempre especialmente en la dogmática de la imprudencia; así también **Schüler-Springorum**, FS Honig, p. 214.

imprudente, hay que consignar que queda cerrada la vía para articular mecanismos dogmáticos (dejando de lado, de momento, la problemática del consentimiento<sup>150</sup>) para tener en cuenta la conducta de la víctima cuando el autor actúa con una actitud subjetiva respecto de la lesión que podría constituir dolo, con todos los inconvenientes que esto plantea desde la óptica que aquí se intentará seguir<sup>151</sup>.

## **A. Falta de previsibilidad**

### **1. Contexto sistemático y praxis**

Una de las primeras aproximaciones al problema de la intervención de la víctima en el comportamiento arriesgado ha sido la de afirmar que aquella intervención convierte en determinados casos en "imprevisible" el resultado lesivo para el autor. Esta aproximación a la cuestión se produjo de modo especial en aquella fase de desarrollo dogmático en la que el injusto se entendía como conjunto de elementos objetivos (causación) del delito, mientras que los elementos

---

<sup>150</sup> Cfr. *infra* § 5 sobre las construcciones propuestas en el marco del consentimiento.

<sup>151</sup> Cfr. en favor de una solución en el tipo objetivo, común para delitos imprudentes y dolosos, de momento sólo **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/85, 11/87 y 11/103; **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/129. Respecto de esta cuestión desde una perspectiva más general, cfr. *supra* § 3 II.; en concreto en relación con la intervención de la víctima *infra* § 9 I. A. 3. y § 9 I. B.; en cuanto a los problemas que plantea la perspectiva subjetiva del autor en caso de desnivel de conocimientos, cfr. *infra* § 10 II. B.

subjetivos (dolo e imprudencia) se ubicaban en la culpabilidad, entendida ésta como relación psicológica<sup>152</sup>. En este contexto, la solución al problema de la conducta de la víctima se enmarca en un fenómeno más amplio, consistente en remitir el examen de cuestiones dudosas de imputación (de tipicidad) al ámbito de la culpabilidad (entendida en esta fase de desarrollo dogmático como cuestión psicológica), y ello debido a un determinado entendimiento -muy amplio- del injusto, concebido en términos objetivo-naturales. En efecto, este fenómeno de corregir las consecuencias de una determinada concepción de la causalidad -como es sabido- no estuvo circunscrito al objeto del presente estudio, sino que se relaciona con toda la concepción del tipo: "...mientras se concebía a los tipos delictivos como mera causación de resultados [...], una vez afirmada la relación de causalidad... la acción era ya típica y antijurídica... Sólo a través de la culpabilidad podían establecerse limitaciones a la responsabilidad."<sup>153</sup>

Esta concepción, por tanto, pertenece a la fase anterior a la de la introducción de mecanismos correctores dentro de la propia teoría de la causalidad (en la doctrina del TS y en

---

<sup>152</sup> Cfr. sólo las exposiciones de **Rodríguez Mourullo**, PG, pp. 196 y s. y **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 7/11 y ss; 24/3 y ss.

<sup>153</sup> **Cerezo Mir**, PG I<sup>1</sup>, p. 302; cfr., además, por todos, también desde un punto de vista general y en el mismo sentido, **Schumann**, *Selbstverantwortung*, pp. 3, 109, y la exposición de **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 6 y ss. En contra de esta solución, ya -por todos- **Honig**, FS Frank, pp. 196 y s.



lo que concierne a lo que aquí interesa: la concurrencia causal de culpas o conductas). De hecho, antes de la aparición de la doctrina de la concurrencia de culpas, parece que la cuestión de la previsibilidad era una de las principales vías -junto a la "interrupción del nexo causal" a la que antes se ha aludido<sup>154</sup>- para resolver los problemas de confluencia de conductas arriesgadas de autor y víctima<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> Cfr. *infra* § 9 I. A. 3.

<sup>155</sup> Cfr., por ejemplo, entre otras muchas, STS 1.3.1873 (JC 124 [cfr. el supuesto de hecho *infra* en el texto]); 26.2.1934 (JC 102): un camión circulaba por una vía de dos direcciones cuando el conductor se percató de que en su carril había detenido un automóvil. A pesar de que el conductor se dió cuenta de que por el otro carril se aproximaba un turismo a gran velocidad, intentó una maniobra de adelantamiento del vehículo detenido. En el momento en el que circulaba por el carril contrario en el adelantamiento, colisionó con el turismo que venía de frente, quien no pudo detener a su vez su vehículo por la excesiva velocidad a la que circulaba. Resultó muerto uno de los ocupantes del turismo y con lesiones otro, mientras que nada se dice acerca de posibles -aunque fuera muy probable que éstas sucedieran- lesiones del conductor del turismo. Además, el camión venía conducido por una persona sin permiso a la que el chófer encargado del camión había cedido el volante. La Audiencia condenó a los tres intervinientes (conductor del camión, chófer y conductor del turismo) El TS absolvió al conductor del turismo por considerar que si bien concurría causalidad por parte de la conducta de ambos conductores, para el conductor del turismo era "difícilmente previsible" la maniobra irregular del camión; 18.4.1934 (JC 197) el TS degrada la imprudencia de temeraria a simple en un caso en el que un automovilista circulaba a velocidad excesiva y atropelló a un peatón que cruzó descuidadamente la calzada, afirmando que la imprudencia "...no alcanza al grado de temeraria desde el momento en el que el suceso, aunque previsible, no lo era de modo extremo, ya que la víctima cruzó imprudentemente la calzada..."; 7.5.1934 (JC 226): "...el procesado, provisto del correspondiente permiso, conducía un automóvil a velocidad moderada, llevando su derecha, y la víctima del suceso [un peatón] se desvió hacia el centro de la calle en movimiento que la sentencia declara imposible de esperar por parte del conductor, resulta claramente que el resultado era inevitable mediante el empleo de una diligencia normal, **faltando, por consiguiente, el elemento subjetivo propio de la culpa**" (sin subrayado en el original).

Sin embargo, como se ha señalado, no se trata de fases evolutivas claramente separadas. En efecto, la idea de la imprevisibilidad como solución a los casos problemáticos no ha desaparecido: esta ubicación dogmática se ha planteado en ocasiones por el TS a modo de "otrosí digo" de otras consideraciones, es decir, además de su doctrina de la ponderación de las distintas aportaciones causales o de la ausencia de infracción del deber objetivo de cuidado. Un buen ejemplo de esta utilización "cumulativa" del razonamiento de la "imprevisibilidad" podrían constituirlo las siguientes consideraciones del TS:

[el hecho de que los sujetos lesionados se comportaran a su vez de modo descuidado] "indudablemente atrae para la conducta de los mismos la impronta de culpabilidad, eficiente y **suficiente a empalidecer la del agente con referencia al terreno de la previsibilidad y evitabilidad del evento o resultado dañoso, y**, muy especialmente, de su causación, por coadyuvación 'favorecedora' al acaecimiento dañoso"<sup>156</sup>.

---

<sup>156</sup> STS 29.2.1992 (RA 1509), sin subrayado en el original; cfr. también la STS 26.9.1985, según la cual el antiguo principio de no compensación de culpas se ha visto modificado por la vía de la concurrencia causal de conductas, y en la que también se afirma que la supuesta imprevisión -factor psicológico de la culpa- queda desvirtuada por el **riesgo inesperado** creado por la víctima, y anulado también el deber objetivo de cuidado (elemento normativo): no es de extrañar que **Torío López** (LH Fernández Albor, p. 711) califique las consideraciones de esta misma sentencia como lenguaje "no dogmático"; o la STS 25.9.1986 (JP 1149). que logra "combinar" en una misma frase el argumento de la causalidad con el de la imprevisión y el de la falta de infracción del deber objetivo de cuidado: "el comportamiento imprudente puede tener tal relevancia en el orden causal, mostrarse tan imprevisible y contrario al elemental principio de la confianza, tan decisivo y eficiente en la originación del resultado, que llegue a excluir todo rastro de impru- (continúa...)"

Similares argumentaciones aparecen en la doctrina anglosajona, en la que, como se ha señalado<sup>157</sup>, no se distingue con claridad la cuestión de la causalidad de la disposición subjetiva del autor, a veces dentro del análisis de la causalidad:

"Está claro que la conducta del sujeto lesionado es una cuestión de hecho que puede ser relevante... Por tomar un ejemplo extremo: si un hombre,

---

<sup>156</sup>(. .continuación)

dencia en la actuación del agente, llegándose a la conclusión de la accidentalidad o fortuidad del acto enjuiciado, al resulta [sic] difícilmente acusable tanto el factor psicológico de la imprevisión, ante el inesperado riesgo suscitado por el sujeto pasivo, como el elemento normativo de incumplimiento de un deber objetivo de cuidado, sorprendido el propio agente por el súbito e impensado proceder del sujeto interpuesto". En sentido similar cfr., por ejemplo, las STS 14.4.1970 (JC 442); 11.5.1981 (RA 2186) (que parece incluso ver el fundamento de la atenuación por concurrencia de culpas exclusivamente en un menor grado de previsibilidad: [el comportamiento de la víctima debe tenerse en cuenta] "...en cuanto que. puede influir en la mayor o menor previsibilidad del evento dañoso, permitiendo al Juzgador graduar más o menos gravemente la negligencia integrante de los diferentes grados de culpa..."; 4.7.1984 (JC 1062) Por otro lado, a veces se mantiene la solución a través de la previsibilidad de modo independiente de la doctrina de la concurrencia culpas: así, por ejemplo, en la STS 18.6.1990 (RA 5563) se resuelve con la invocación del caso fortuito (imprevisibilidad) un supuesto en el que un automovilista conducía a velocidad excesiva por una carretera cuando se introdujo de modo imprudente en la calzada un peatón, resultando éste muerto. En la resolución no se argumenta por qué razón se acude en este caso al lado subjetivo del hecho y no se aplica la doctrina de la concurrencia de culpas (probablemente, en la opción de exclusión total de la "eficacia causal" de la conducta del automovilista) o a la de la imputación objetiva.

En alguna ocasión, incluso parece que la doctrina de la concurrencia de culpas abandona el plano de la causalidad para encontrar su fundamento exclusivo en el lado subjetivo: "...según reiterada jurisprudencia, en casos como el presente, en que hubo concurrencia de culpa por parte de la víctima, que se interfiere en la relación de causalidad entre el acto culpable y el resultado, introduciendo una nueva circunstancia no previsible para aquél, no es posible, dado el carácter eminentemente culpabilista de nuestro sistema punitivo, atribuir al imprudente la totalidad de responsabilidad del evento ocasionado." (SAP Málaga [Sección 1ª] 9.5.1995 [RA 951]).

<sup>157</sup> Cfr. *supra* § 4 I. A. 4.

sin mirar cuál es el estado del tráfico ni dar adecuado aviso de su intención, penetrase en la calzada inmediatamente delante de un vehículo en movimiento que era conducido de modo correcto, la razón por la que el conductor podría no ser culpable de un delito es que no tenía *mens rea*, y no por algún tipo de doctrina de *contributory negligence*, aunque no quepa duda que el peatón fue negligente."<sup>158</sup>

Un ejemplo de esta argumentación lo ofrece el caso inglés (frecuentemente citado en la doctrina anglosajona) *R. v. Holland*, del año 1841, en el que la víctima había muerto de tétanos después de que el autor le causase una lesión en el dedo, negándose el herido a consentir en la amputación del dedo, lo que le hubiera salvado la vida<sup>159</sup>. El tribunal que enjuició el caso no le atribuyó relevancia al comportamiento de la víctima, condenando al autor por *murder*<sup>160</sup>. Y precisamente lo que se critica de la decisión por parte de cierta

---

<sup>158</sup> *Turner, Russel on Crime*, p. 423 (subrayado en el original); cfr. sólo la argumentación similar en *Smith/Hogan, Criminal Law*, p. 339, y la afirmación de *Tressler (Understanding Criminal Law*, p. 172, nota 55) en el sentido que el caso *State v. Preslar* (resuelto, como se ha indicado *supra* § 4 I. A. 4., en el marco de la [ausencia de] relación de causalidad) también "podría ser analizado en términos del factor de previsibilidad". Sobre la cuestión metodológica de la inclusión de elementos subjetivos en el análisis de la causalidad por parte de la doctrina anglosajona, cfr. sólo *Hart/Honoré, Causation in the Law*, pp. 385 y ss.

<sup>159</sup> Cfr. el supuesto de hecho en *CrimLR 1957*, pp. 702 y ss.

<sup>160</sup> Cfr. *Cross/Jones, An Introduction to Criminal Law*, p. 123 y *Smith/Hogan, Criminal Law*, p. 343 (infracción que no coincide con el delito de asesinato en nuestro ordenamiento, ya que no requiere dolo respecto del resultado [*Smith/Hogan, Criminal Law*, pp. 346 y s.]); cfr. respecto de los ordenamientos anglosajones también las referencias sobre la aplicación de la teoría de la causalidad *supra* § 4 I. A. 4.

doctrina anglosajona<sup>161</sup> es que sobre esta base podría a llegar a generarse responsabilidad por consecuencias imprevisibles, es decir, se sostiene que el criterio decisivo debe ser el de la previsibilidad.

Por otra parte, también en la jurisprudencia alemana<sup>162</sup> o suiza<sup>163</sup> se ha utilizado hasta fechas muy recientes la previsibilidad como *topos* para abordar los supuestos de intervención de la víctima.

## 2. Falta de adecuación de la idea de previsibilidad

Parece evidente que la afirmación de que en el caso concreto el autor no podía prever el resultado lesivo, por ejemplo, por no ser previsible que la víctima anudase un comportamiento imprudente a la actuación del agente, puede ser perfectamente válida -como en otras constelaciones de casos no relacionadas con la conducta de la víctima- para excluir la

---

<sup>161</sup> Cfr. , por ejemplo, **Smith/Hogan**, *Criminal Law*, p. 339.

<sup>162</sup> Así, por ejemplo, en BGH NStZ 1981, p. 350, en un caso en el que se trataba de la entrega de una sustancia estupefaciente a un toxicómano que posteriormente murió al consumirla (cfr. el comentario crítico a esta resolución de **Schünemann**, NStZ 1982, pp. 60 y ss.).

<sup>163</sup> Respecto de la utilización análoga de la idea en la jurisprudencia suiza, cfr., críticamente, **Donatsch**, ZStrR 105 (1988), pp. 376 y s.

responsabilidad<sup>164</sup>. Pero también está claro que esta consideración no basta para abarcar el problema que se pretende resolver. Pues habrá de determinarse si el comportamiento llevado a cabo es "imprudente", "descuidado", en suma, cumple el tipo objetivo, además de previsible el resultado. Aún partiendo de una concepción del delito imprudente en la que se entienda el "deber de cuidado" como elemento subjetivo, de la culpabilidad, no toda causación previsible es suficiente para cumplir con el tipo del delito imprudente<sup>165</sup>. Que ello es así<sup>166</sup> siempre ha sido reconocido, mucho antes de la introducción de filtros normativos en la tipicidad:

"Si se quisiera establecer la proposición normativa de que para evitar la responsabilidad jurídico-penal por imprudencia debe omitirse **toda** acción respecto de la cual existe y es previsible la posibilidad de que puede tener efectos causales para un resultado antijurídico, ello conduciría a con-

---

<sup>164</sup> En efecto, hay casos en los que esto puede suceder: así, por ejemplo, **Luzón Peña**, "Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes", en: **idem**, *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>, p. 78; **Joshi Jubert**, ADPCP 1989, pp. 732 y s., quien constata que de producirse en estos supuestos de todos modos atribución de responsabilidad, se trataría de un *versari in re illicita*; cfr. también **Vives Antón**, ComCP 1995 I, p. 91; **Mir Puig**, ADPCP 1991, p. 262; **Calderón Cerezo**, en: CGPJ (ed.), *La imprudencia*, p. 55.

<sup>165</sup> Más allá de que esta concepción dogmática, como dice con razón **Schünemann** (al criticar una sentencia que se sirve del criterio de la previsibilidad para resolver un caso de intervención de la víctima, NSTZ 1982, p. 61) al menos desde el trabajo de **Engisch** (*Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, pp. 326 y ss., 341 y ss., 344 "no sólo es antigua, sino que está anticuada".

<sup>166</sup> Por razones de fondo -atinentes, en última instancia, a la misión del sistema jurídico-penal de imputación- que están en la base del surgimiento de la teoría de la imputación objetiva; cfr. en el presente estudio supra § 3.

secuencias cuya incompatibilidad con las condiciones de vida actuales y con las necesidades del tráfico es evidente."<sup>167</sup>

Sin pretender entrar aquí en la polémica acerca del elemento de la previsibilidad dentro de la dogmática del delito imprudente, parece claro -con independencia incluso de reflexiones de índole sistemática- que la cuestión de la previsibilidad no ofrece el punto de arranque material adecuado para el análisis de los casos que aquí interesan. De hecho, puede formularse la sospecha de que en el ámbito de la valoración de la intervención de la víctima la afirmación de la falta de previsibilidad en ocasiones no es más que un expediente para no tener que formular consideraciones relativas a la valoración del comportamiento de la víctima en la vertiente objetivo-normativa del delito imprudente.

Sirvan de ejemplo las consideraciones del RG<sup>168</sup> en un caso de comportamiento descuidado de la víctima posterior a una primera lesión: El acusado del caso había causado por imprudencia unas lesiones a su esposa. A consecuencia de estas lesiones, la mujer fue sometida a tratamiento médico. Debido al incumplimiento de las prescripciones del médico por parte de la mujer (dejó de guardar cama antes de que lo hubiese autorizado el médico), se produjo la muerte (se considera hecho probado por parte

---

<sup>167</sup> RGSt 30, pp. 25 y ss., 27.

<sup>168</sup> RG GA 42 (1894), pp. 386 y s.; sobre el problema material que desde la perspectiva aquí adoptada subyace al caso -realización del riesgo-, vid. *infra* § 9 II. B. 2.

del tribunal de instancia que si hubiese cumplido las indicaciones del médico, no habría tenido lugar la muerte). El tribunal *a quo* condenó sobre esta base al marido por homicidio imprudente sosteniendo que "el acusado podía prever que el accidente podría llegar a ser mortal por algún comportamiento de la lesionada contrario a los requerimientos médicos"<sup>169</sup>, y partiendo tácitamente de que una vez constatada la previsibilidad del resultado quedaba acreditada la imprudencia del marido. Por su parte, el RG, sin poner tampoco por su parte en duda la concurrencia de la parte objetiva de la infracción, sostuvo, sin embargo, que precisamente no podía preverse que sucediese la lesión, puesto que esto no era más que una "consideración abstracta".

Parece claro que en realidad, quien fue coherente con la postura adoptada previamente fue el tribunal de instancia al afirmar la previsibilidad y la responsabilidad del marido, pues efectivamente -como se declaró probado en el caso concreto- es una hipótesis previsible que un enfermo empeore su estado o incluso llegue a la muerte incumpliendo las indicaciones médicas. Por tanto, si no se introduce un filtro adicional que valore la conducta de la víctima, debería llegarse a la condena, siempre que se sostenga -como hacían ambos tribunales en el presente caso- que en el tipo ha de constarse tan sólo la existencia de una mera relación de causa-

---

<sup>169</sup> La cita de la sentencia del tribunal de instancia aparece en la resolución del RG en loc. cit., p. 387.



lidad, y en la imprudencia una mera relación psicológica de previsibilidad<sup>170</sup>.

Lo que queda demostrado, cabe esperar, es que no es la mera previsibilidad la que puede llevar aquí a afirmar la responsabilidad, sino que deben ser consideraciones relativas a la parte objetiva del hecho las que sean tenidas en cuenta. Por ello, el RG en realidad al negar la previsibilidad estaba haciendo un circunloquio, al no poder hacer una valoración normativo-objetiva de la actuación de la víctima por razón del axioma de que el comportamiento de la víctima no empece la existencia de la relación de causalidad<sup>171</sup>.

También en las resoluciones del TS en las que se alude a la previsibilidad puede apreciarse con frecuencia claramente que el recurso a la "previsibilidad" no es más que una eti-

---

<sup>170</sup> Desde esta perspectiva intrasistemática resulta más coherente en cuanto a la apreciación de la previsibilidad -si bien con un resultado insatisfactorio: condena por homicidio imprudente- la sentencia del Tribunal Supremo prusiano en el caso de la entrega de aguardiente (reproducida por **Goldammer**, GA 14 [1866], pp. 532 y ss.; cfr. aquí el supuesto de hecho supra § 1 II. A. 1.), al afirmar que el resultado de muerte a quien el tendero había regalado una considerable cantidad de aguardiente -bajo la condición de que aquel la ingiriese de un trago- resultaba perfectamente previsible. Desde la perspectiva de la coherencia con los puntos de partida dogmáticos previos, también era más coherente la solución del tribunal de instancia (condena) que la del RG (absolución) -ya en una fase dogmática de desarrollo posterior, que al menos reconocía un deber de cuidado como elemento de la culpabilidad- en el caso del barquero (RGSt 57, pp. 172 y ss.; vid. el supuesto de hecho de esta resolución supra § 1 II. B. 4.); cfr. sobre esta sentencia también *infra* § 4 II. B. 2. a).

<sup>171</sup> Sobre supuestos similares a los citados en el texto precedente, cfr. *infra* § 9 II. B. 2.

queta bajo la cual se introducen de modo encubierto otras valoraciones acerca de los comportamientos de autor y víctima. Así, por ejemplo, en un caso del siglo pasado<sup>172</sup>, el TS debía enjuiciar el comportamiento de un sujeto que había causado lesiones a otro con ocasión del juego de la barra, al alcanzar la barra a la víctima en la cabeza. El TS rechazó que hubiera que condenar a quien lanzó la barra por un delito imprudente de lesiones, ya que fue el propio lesionado el que se colocó en el lugar en el que podía aterrizar la barra, habiendo sido incluso amonestado por los mozos de que debía cambiar de sitio por ser peligroso aquel en el que se hallaba. El TS fundamenta la absolución en el antiguo caso fortuito del art. 8.8° del CP entonces vigente<sup>173</sup>, aprecian-

---

<sup>172</sup> STS 1.3.1873 (JC 124).

<sup>173</sup> Como es sabido, hoy desaparecido completamente del CP de 1995 (como se había demandado en la doctrina por las numerosas distorsiones a las que dio lugar su interpretación, cfr. sólo **Rodríguez Mourullo**, *ComLP V 1*, p. 116; **Mir Puig**, *PG*<sup>1</sup>, p. 550), después de que la reforma de 1983 introdujera una versión posterior (art. 6 bis b) CP) en la que se suprimía el requisito de la licitud inicial del comportamiento, requisito que en la redacción del antiguo art. 8.8° CP abría la posibilidad de entender la eximente como manifestación del *versari in re illicita*. La misma definición de los requisitos del caso fortuito ofrecida por la doctrina jurisprudencial mayoritaria revelaba que se trataba de una disposición que producía -de modo paralelo a lo que se expondrá a continuación en el texto respecto del problema de la conducta de la víctima- una duplicación de diversos elementos de la teoría del delito y que sólo podía explicarse su presencia por razones históricas. En este sentido, se afirmaba que "Para la apreciación del caso fortuito se requiere, según una doctrina reiterada de esta Sala... los siguientes requisitos: 1.º) objetivo, la producción del hecho ha de ser debida a un mero accidente. 2.º) subjetivo, el resultado dañoso no ha de ser imputable al agente a título de dolo o culpa. 3.º) La imprevisibilidad para su apreciación no basta con que lo sea para el sujeto activo, es preciso que el evento no hubiera podido preverse por cualquier persona de capacidad psíquica normal." (STS 15.10.1992 [RA 8001]). De todas maneras, la jurisprudencia del TS había llegado a interpretar en alguna ocasión acertadamente la eximente de caso fortuito como referencia -innecesaria- a (continúa...)

do que el acusado no podía prever el resultado. De nuevo aparece en realidad una consideración normativa bajo el ropaje del argumento de la imprevisibilidad<sup>174</sup>: está claro que habiendo sido la posterior víctima amonestada con anterioridad por los jugadores, sí cabía "prever" lo que sucedió. En realidad, el TS tácitamente atribuye normativamente el hecho a quien se puso a sí mismo en peligro.

---

<sup>173</sup> (...continuación)

los requisitos de imputación objetiva: "A partir de estas consideraciones [de los requisitos de la teoría de la imputación objetiva en el ámbito de los delitos de resultado] es preciso interpretar el art. 6 bis b) CP, cuya redacción no es precisamente afortunada, ya que traduce una cierta permanencia de conceptos propios de la antigua teoría del *versare in re illicita*. En el derecho penal moderno, por el contrario, no es admisible que un resultado fortuito, es decir, no vinculado causalmente con la acción y consiguientemente tampoco imputable objetivamente a la misma, pueda ser atribuido al autor por haber éste obrado dolosamente, como un entendimiento puramente literal del art. 6 bis b) CP parece permitir. Por el contrario, si el autor ha obrado dolosamente y el resultado no le es imputable objetivamente sólo se podrá aplicar la pena del delito tentado (en su caso frustrado), aunque el resultado se haya producido. Dicho de otra manera: el dolo del delito no puede reemplazar ni a la causalidad ni a la imputación objetiva que la limita. De acuerdo con lo dicho, el art. 6 bis b) CP es de aplicar cuando el resultado producido no está causalmente vinculado con la acción o no sea objetivamente imputable a ella." (STS 21.12.1993 [RA 9589]), o, con total claridad: "El art. 6 bis b) CP se refiere, con una redacción antigua y técnicamente deficiente, a casos en los que el resultado producido no puede ser imputado objetivamente al autor, pues no constituye la realización de un peligro jurídicamente desaprobado..." (STS 20.4.1996 [RA 2888]); cfr. en el mismo sentido también STS 5.6.1995 (Sala Quinta) (RA 5123).

<sup>174</sup> En este sentido, se había propuesto en ocasiones interpretar en clave objetiva de modo general el "caso fortuito" (por ejemplo: al menos respecto de algunos casos "previsibles en alguna medida", como supuesto de adecuación social, **Mir Puig**, PG<sup>3</sup>, p. 550; en sentido general como supuesto de riesgo permitido, **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, p. 325; sostiene, sin embargo, que el caso fortuito se refiere a la ausencia de la parte subjetiva del tipo, **Luzón Peña**, PG I, pp. 562, 636 y ss., 639 y ss.; cfr. la panorámica general sobre las distintas posturas doctrinales, por todos, en **Rodríguez Mourullo**, *ComLP V 1*, pp. 91 y ss.

El recurso a la previsibilidad y al caso fortuito, sin embargo, ha seguido apareciendo, como se ha señalado, en la jurisprudencia del TS aún después de que ésta hubiera incorporado instrumentos técnico-jurídicos -como la doctrina de la concurrencia de culpas o la teoría de la imputación objetiva- más específicos para los problemas en cuestión.

Finalmente, hay que señalar que no es casual que los casos en los que se ha recurrido a la falta de previsibilidad como solución se refieran a supuestos de hecho en los que concurre un comportamiento de la víctima que es posterior a la actuación del autor. Pues está claro que resultaría mucho más difícil recurrir al expediente de la previsibilidad en supuestos en los que se produce un control coetáneo de los factores de riesgo por parte de autor y víctima<sup>175</sup>. Por ello cabe decir, a mayor abundamiento de lo antes señalado, que con la perspectiva de la previsibilidad quedarían excluidos a *limine* numerosas constelaciones de casos que necesitan de tratamiento dogmático.

Cabe constatar, por tanto, que la solución por medio de la ausencia (o concurrencia) de previsibilidad no llega a alcanzar el punto problemático: cuando falte la previsibilidad, probablemente faltará la parte objetiva de la infracción; pero la determinación de que debe o no responder el

---

<sup>175</sup> Cfr. los casos *infra* § 9 I. A. 4.

autor no se agota en la cuestión de la previsibilidad. Pues a la inversa, la concurrencia de previsibilidad no puede dar lugar, sin más, a la afirmación de responsabilidad de quien interviene junto a la víctima.

Con esta conclusión no se hace otra cosa que corroborar respecto del sector que aquí interesa una convicción ampliamente extendida en la moderna doctrina jurídico-penal<sup>176</sup>. Como dice **Roxin** desde una perspectiva más general, "...la referencia a la falta de previsibilidad tan sólo oculta el problema"<sup>177</sup>; o, en palabras de **Jakobs**: "...las restricciones del tipo objetivo llevadas a cabo por la imputación objetiva también repercuten en la imprudencia. Sólo tiene relevancia jurídico-penal la **previsibilidad de un riesgo que se encuentra fuera del riesgo permitido**" y que cumple también los demás requisitos de imputación objetiva<sup>178</sup>. En todo caso, que la previsibilidad no puede aportar soluciones en el ámbito que aquí interesa ya había sido señalado en ocasiones con anterioridad y fuera del marco del desarrollo de la teo-

---

<sup>176</sup> Cfr. desde una perspectiva más general sólo las críticas al recurso a la previsibilidad formuladas por **Rudolphi**, JuS 1969, pp. 550 y ss.; **Otto**, FS Maurach, p. 96; **idem**, JuS 1974, pp. 703 y s.; **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 231 y ss.; **Reyes Alvarado**, *Imputación objetiva*, pp. 266 y ss., 274 y ss.; sobre la cuestión cfr. también el panorama trazado por **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, pp. 49 y ss., 226 y ss.

<sup>177</sup> Chengchi Law Review 50 (1994), p. 230; cfr. ya **idem**, FS Honig, pp. 136 y s.

<sup>178</sup> AT<sup>2</sup>, 9/7.

ría de la imputación objetiva. Así, por ejemplo, ya **Exner**<sup>179</sup> -al rechazar la praxis del RG de la época en materia del "principio de desconfianza" en el tráfico rodado<sup>180</sup>- apuntaba lo siguiente: "Puesto que al conducir un automóvil siempre son 'posibles' los percances desagradables, las consecuencias **siempre** son 'previsibles'... La conclusión derivada de esta concepción es la siguiente: el automovilista responde de sucesos fortuitos..."<sup>181</sup>. En este mismo sentido, pueden empezarse a encontrar resoluciones de nuestro TS que critican, igualmente desde una perspectiva más general, la pretensión de hallar la solución a problemas normativos con ayuda de la previsibilidad, tanto en el ámbito de la tipicidad de la conducta como en el de la imputación del resultado: "En efecto, la previsibilidad no es un criterio adecuado para establecer el límite del peligro permitido, como parece haber entendido la Audiencia. En realidad, previsible es

---

<sup>179</sup> FG Frank I, pp. 581 y s.

<sup>180</sup> Que sostenía -de modo opuesto al actual principio de confianza- que en principio siempre había que contar con que alguno de los participantes en el tráfico se comportase de modo incorrecto. En una línea jurisprudencial similar, cfr. la STS 7.3.1934 (JC 121), citada *supra* en nota.

<sup>181</sup> **Exner**, FG Frank, p. 581 [subrayado en el original]; cfr. sobre esto y sobre el posterior desarrollo del "principio de confianza" hoy reconocido, por todos, **Schumann**, *Selbstverantwortung*, pp. 7 y ss.). **Naucke** (ZStW 76 [1964], pp. 409 y ss., 411) afirma en sentido similar respecto de la problemática de la "prohibición de regreso" -de modo trasladable a la presente cuestión- que las "dificultades se encuentran en los tipos objetivos"; "una vez que se ha afirmado que se cumple el tipo objetivo, apenas resulta posible eludir el reproche de imprudencia" (ibid., nota 8).

Cfr. sobre la "prohibición de regreso" o "pertenencia a un ámbito de responsabilidad ajeno" y el "principio de confianza" en relación con el objeto de el presente estudio *infra* § 9 II. A. 1. d) y 2.

casi todo lo que puede lesionar un bien jurídico cuando alguien manipula un objeto peligroso cuyo uso no está por sí mismo prohibido..."; "Por lo tanto, el problema no consiste en si el resultado era previsible, sino en si la acción superó el límite del peligro permitido..." "...como se ha subrayado con razón en la doctrina, la cuestión de la realización del riesgo en el resultado no es un problema de previsibilidad..."<sup>182</sup>.

Por otra parte, hay voces entre quienes se han ocupado del problema específico de la conducta de la víctima que ya han puesto de manifiesto -de modo coincidente con lo antes expuesto- la falta de adecuación de la idea de (im)previsibilidad. En este sentido, tiene razón **Quintano Ripollés**<sup>183</sup> al decir que no son estos (los de falta de previsibilidad) los casos que interesan, sino precisamente aquellos en los que al agente sí podía exigírsele otro comportamiento distinto, es decir, en los que el resultado si era previsible, pues de lo contrario no habrá imprudencia, como también la tienen **Schünemann**<sup>184</sup>, **W. Hassemer**<sup>185</sup> y **Walther**<sup>186</sup> al rechazar que el criterio de la previsibilidad pueda ofrecer la solución

---

<sup>182</sup> STS 21.12.1993 (RA 9589)

<sup>183</sup> *Derecho penal de la culpa [imprudencia]*, p. 322.

<sup>184</sup> NStZ 1982, p. 61.

<sup>185</sup> JuS 1984, p. 724.

<sup>186</sup> *Eigenverantwortlichkeit*, p. 173.

para los supuestos en cuestión, o **Torío López**<sup>187</sup> cuando afirma que los supuestos de falta de previsibilidad "no guarda[n] relación con la llamada compensación de culpas" y **Joshi Jubert**<sup>188</sup>, para quien el límite de la previsibilidad "no es suficiente".

## B. Ubicación del problema en el elemento del "deber objetivo de cuidado"

### 1. El deber objetivo de cuidado como *sedes materiae*

Una vez que se desarrolló e impuso la concepción del deber objetivo de cuidado en la doctrina<sup>189</sup>, la problemática de los comportamientos arriesgados en los que intervienen autor y víctima fue reconducida pronto a este marco sistemático. En este sentido, ya **Exner**<sup>190</sup> afirmaba en esta dirección que en ciertos supuestos de asunción conjunta de un riesgo (realización conjunta de un experimento peligroso, por ejemplo)

---

<sup>187</sup> LH Fernández Albor, p. 720.

<sup>188</sup> ADPCP 1989, p. 733.

<sup>189</sup> Cfr. sobre los elementos normativos en la imprudencia, desde distintas perspectivas sistemáticas, por ejemplo, **Baumann/Weber/Mitsch**<sup>10</sup>, 22/9 y ss., 22/19 y ss.; **Cerezo Mir**, PG I<sup>4</sup>, pp. 415 y ss. con nota 71; **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 9/6 y ss.; **Jescheck**, AT<sup>4</sup>, § 54 I. 4, § 55 I.; **Roxin**, AT<sup>2</sup>, 24/3 y ss. En **Schünemann**, JA 1975, pp. 435 y ss., se encuentra una exposición del desarrollo dogmático de la cuestión.

<sup>190</sup> FG Frank I, p. 590.



faltaba una infracción del deber<sup>191</sup>. Sin embargo, es claro que la concreción de este elemento del desvalor de acción presupone necesariamente la introducción de elementos normativos más concretos, ya que, al tratarse de las medidas de cuidado genéricas, el elemento de la intervención del sujeto que es precisamente el titular de los bienes afectados necesita de una expresión especial<sup>192</sup>. Dicho de otro modo: el deber de cuidado puede ofrecer la ubicación dogmática de la discusión, pero no puede ser la materia de discusión<sup>193</sup> concreta. De ahí que cuando se realizan propuestas de tratamiento dentro del "deber objetivo de cuidado" de los supuestos que aquí interesan de intervención relevante de la víctima, siempre concurre una consideración normativa adicional, de modo que se afirma que desaparece la infracción del deber objetivo de cuidado por razón de consentimiento<sup>194</sup>, por razón de riesgo permitido, por desaparición de la conexión con el fin de protección<sup>195</sup>, porque la víctima ha "ac-

---

<sup>191</sup> Utilizando como argumento material la consideración de que de lo contrario se llegaría a un "preocupante sistema de tutela paternalista", FG Frank, pp. 590 y s.

<sup>192</sup> En este sentido, **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 25.

<sup>193</sup> Claro está, siempre que se quiera limitar la discusión al delito imprudente (respecto de las propuestas de una teoría unitaria de la imputación objetiva, cfr. *supra* § 3 II.). En la sistemática aquí seguida, los supuestos de relevancia de la intervención de la víctima en un nivel abstracto-general, por ejemplo, como condición de una permisión de riesgo, se tratan bajo el rótulo del "riesgo permitido" (cfr. *infra* § 9 II. A. 1.) en el primer nivel de la teoría de la imputación objetiva.

<sup>194</sup> Cfr. *infra* § 5.

<sup>195</sup> Así **Donatsch**, ZStrR 105 (1988), pp. 377 y ss.

tuado a su propio riesgo"<sup>196</sup>, etc. En efecto, dentro de esta ubicación dogmática conviven argumentaciones de lo más variado. Ello en última instancia indica que se pide demasiado a la categoría del "deber objetivo de cuidado" al intentar introducir aquí la conducta de la víctima. Pues se desnaturaliza este instrumento dogmático como determinación general de lo que está permitido o no con el intento de abarcar también la valoración del ámbito de responsabilidad de la víctima. Esta valoración siempre deberá introducir un escalón valorativo adicional -precisamente, la conducta de la víctima-, ya que los supuestos que aquí interesan se caracterizan precisamente por el hecho de que el primer nivel de determinación de tipicidad de la conducta -se llame "deber objetivo de cuidado", o en una aproximación a la teoría del tipo unitaria en delitos imprudentes y dolosos, "riesgo permitido"- queda superado<sup>197</sup>: es decir, no cabe duda de que se infringe el cuidado objetivamente debido o que se supera el "riesgo permitido"<sup>198</sup>. Hay algo más: un escalón valorativo que no es homogéneo con las funciones atribuidas habitualmente al "deber objetivo de cuidado"<sup>199</sup>.

---

<sup>196</sup> Así, especialmente, **Preuß**, *Untersuchungen*, pp. 147 y ss.

<sup>197</sup> Así lo señala **Roxin**, *AT I*<sup>2</sup>, 11/100, para descartar esta solución.

<sup>198</sup> Cfr., por ejemplo, los casos *supra* § 1 II. A. 3., 4., 8., 12. o § 1 II. B. 1., 2., 3., etc.

<sup>199</sup> Vid. aquí *infra* § 9 I. B. 2. b)

## 2. Criterios materiales subyacentes

### a) Consentimiento

Quizás la formulación que ha tenido más éxito es la de sostener que no concurre infracción del deber de cuidado por el consentimiento del titular del bien en la actividad arriesgada<sup>200</sup>.

Esta también parece ser en última instancia el razonamiento de fondo en la argumentación del RG en el caso del barquero<sup>201</sup>, pues si bien el tribunal no hace referencia expresa al consentimiento, su insistencia en destacar el hecho de que las dos víctimas conocían perfectamente el riesgo y que ello debía llevar a la conclusión de que el barquero no incurrió en una infracción de deber (analizando este elemento de acuerdo con la sistemática entonces habitual, como integrante de la culpabilidad)<sup>202</sup>, hace pensar que la idea fundamental del tribunal para llegar a la absolución fue que los dos viajeros sabían perfectamente lo que ha-

---

<sup>200</sup> Cfr. en este sentido **Hirsch**, ZStW 74 (1962), pp. 95 y s., con ocasión de su crítica de la teoría de la adecuación social (**Hirsch** sostiene otra posición, sin embargo, posteriormente: consentimiento como causa de justificación, cfr. LK<sup>10</sup>-**Hirsch**, n.m. 95 previo al § 32); **Maurach/Gössel**, AT 2, 43/64, 66, relacionando la ausencia de infracción del deber objetivo de cuidado con la idea de adecuación social (sobre la "adecuación social" cfr. supra § 3 II. D. 1 b); **Krey**, BT 1<sup>10</sup>, n.m. 120 (usando la terminología de la "actuación a riesgo propio"); **Geppert**, ZStW 83 (1971), pp. 993 y ss.; **Preuß**, Untersuchungen, pp. 136 y ss., 144 y ss.; **Dach**, Einwilligung, pp. 28 y s., 54 y s. y *passim*; **idem**, NSTZ 1985, p. 25.

<sup>201</sup> RGSt 57, pp. 172 y ss.; cfr. el supuesto de hecho enjuiciado en esta resolución supra § 1 II. B. 4.

<sup>202</sup> RGSt 57, p. 174.

cían y deseaban correr el riesgo, es decir, que consintieron en el riesgo. Por ello, parece que algunas voces en la doctrina alemana que creen ver en esta sentencia la primera manifestación de elaboración jurisprudencial de un principio general de "autoresponsabilidad"<sup>203</sup> posiblemente interpreten en términos demasiado amplios la escueta fundamentación ofrecida por el RG<sup>204</sup>.

Los defensores de esta tesis argumentan que el consentimiento de la víctima hace desaparecer el deber de cuidado del autor respecto de los bienes de la víctima, de modo que ya

---

<sup>203</sup> Cfr. en este sentido sólo las interpretaciones de **Otto**, FS Tröndle, pp. 170 y s.; **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, pp. 7 y s.

<sup>204</sup> En este sentido, tiene razón **Derksen** (*Handeln auf eigene Gefahr*, p. 159) al afirmar que esta resolución ocupa una "posición especial" dentro de la jurisprudencia del RG; cfr. también sobre la interpretación doctrinal de esta sentencia **Hansen**, *Einwilligung*, p. 226; **Fiedler**, *Fremdgefährdung*, pp. 39 y ss.; **W. Frisch**, NStZ 1992, p. 1 con nota 2; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 120; **Reyes Alvarado**, *Imputación objetiva*, p. 178 con nota 22. Que el aspecto de la autonomía de la víctima -más allá del consentimiento- no ocupa un papel demasiado destacado en esta resolución también se ve confirmado por el hecho de que el RG insiste -además de destacar la concurrencia de los presupuestos materiales del consentimiento- en que el barquero no infringió ninguna disposición jurídica, es decir, en terminología actual, que en principio no superaba el nivel del riesgo permitido (aunque ello materialmente sea más que discutible); se trata de un aspecto de la sentencia al que no se le suele prestar demasiada atención en la bibliografía alemana, como ha destacado con razón **Weber**, FS Baumann, pp. 49 y s. En todo caso, esta resolución del RG ha servido para que posteriormente el BGH la invocara a efectos de mantener abierta una vía excepcional de solución frente a supuestos en los que una eventual consideración -con relevancia en el juicio de imputación- de la conducta de la víctima debiera fracasar frente a su doctrina de la irrelevancia del consentimiento en el ámbito de los delitos contra la vida: una de las razones -y no la de menor peso- por las que "...la destrucción de una vida humana es amenazada de pena. [es] la protección de todos..., por lo que en el ámbito de los [delitos] contra la vida el consentimiento del lesionado... carece, en principio, de relevancia jurídica. Sin embargo, bajo determinadas circunstancias puede suceder que haya de negarse que concurre la contrariedad a deber de un comportamiento, cuando alguien ha asumido un determinado riesgo aprehendiéndolo con claridad... (RGSt 57, 172) " (BGHSt 4, p. 93, sin subrayado en el original).

no habría desvalor de comportamiento<sup>205</sup>. Es evidente que el fundamento material de esta solución está en la voluntad de la víctima, por lo que se presenta como "traslado" de la institución del consentimiento -que será objeto de análisis más adelante<sup>206</sup>- al ámbito concreto del deber objetivo de cuidado<sup>207</sup>.

#### b) La construcción de *Peter Frisch*

También se refiere al ámbito de la imprudencia la construcción presentada por **P. Frisch**<sup>208</sup>. A pesar de que su aproximación se ubica, como acaba de decirse, en el mismo ámbito sistemático que las construcciones relacionadas con el consentimiento, su contenido material se encuentra en cierto modo en las antípodas de éstas. En efecto, **P. Frisch** considera que no se da la infracción del deber objetivo de cuidado cuando la realización de los comportamientos generadores de riesgo, a pesar de no ser necesaria en interés del tráfico, es llevada a cabo por el titular del bien, de modo que habría que apreciar una renuncia del titular a sus inte-

---

<sup>205</sup> Cfr., por ejemplo, **Dach**, *Einwilligung*, pp. 107 y ss.

<sup>206</sup> Cfr. *infra* § 5.

<sup>207</sup> Cfr. la argumentación en este sentido respecto de la jurisprudencia del BGH anterior a 1984 en **Eschweiler**, *Selbstgefährdung*, pp. 7 y ss. e *infra* § 5 I. B.

<sup>208</sup> En su monografía *Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, 1973.

reses<sup>209</sup>. En este sentido, llega a afirmar que tal renuncia del titular -y la consiguiente falta de infracción del deber de cuidado- puede afirmarse ya cuando éste hubiera podido reconocer el riesgo asumido, sin que sea necesario un conocimiento efectivo<sup>210</sup>. Partiendo de ciertas construcciones en la doctrina jurídico-civil alemana, tendentes a objetivizar el Derecho de daños sustituyendo la tradicional exigencia de culpa en el lado del autor (para imputar el daño) y correlativamente de consentimiento en el de la víctima (para exonerar) por elementos más objetivos, **P. Frisch** sostiene que el titular de un bien jurídico que no omite conductas potencialmente lesivas para sus propios intereses, está lesionando estos intereses, lo que disminuye el merecimiento de protección de los mismos<sup>211</sup>. En lo que se refiere a la fundamentación material de esta propuesta, esta aproximación -quizás la más desarrollada durante mucho tiempo para la cuestión aquí estudiada<sup>212</sup>- responde a la idea que subyace a las aproximaciones dogmáticas que se han producido recientemente bajo el rótulo del así llamado "principio victimológico-

---

<sup>209</sup> **P. Frisch**, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 116 y ss., 120 y ss.

<sup>210</sup> Concretamente, no hay infracción del deber de cuidado por parte del autor cuando ambos intervinientes no conocen el riesgo, pero éste es cognoscible (*Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 125); si el autor sí conoce el riesgo, pero la víctima no, el primero deberá informar a la segunda para evitar la infracción del deber de cuidado (op. cit., p. 127).

<sup>211</sup> *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 119.

<sup>212</sup> Aunque aparentemente no tuvo éxito alguno en la bibliografía de la época, cfr. **Kellner**, *Einwilligung*, pp. 64 y ss.; **Schünemann**, JA 1975, p. 723; **Quillmann**, *Einwilligung*, pp. 91 y ss.; **Dach**, *Einwilligung*, pp. 17 y ss.

co", a saber: la de falta de merecimiento de protección de la víctima<sup>213</sup>. En este sentido, puede decirse que **P. Frisch** llevó a cabo una construcción victimodogmática *avant la lettre*<sup>214</sup>.



### c) Remisión

Desde la perspectiva que aquí intentará defenderse, estas aproximaciones tienen la ventaja de plantear el problema como problema de tipicidad; sin embargo, por otro lado, como se ha dicho, limitan la problemática al delito imprudente, lo que puede estimarse poco satisfactorio. Las consideraciones materiales que están en su base, es decir, las ideas de consentimiento y de falta de merecimiento de protección de la víctima, serán planteadas -de acuerdo con el orden de análisis aquí seguido<sup>215</sup>- más adelante<sup>216</sup> junto a otras op-

---

<sup>213</sup> Si bien lo cierto es que puede entenderse que lo que lleva a **P. Frisch** a defender su solución es la consideración de la cointervención evitable de la víctima como una forma de disposición menor (frente al consentimiento), como ha señalado **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 99.

<sup>214</sup> También interpretan en este sentido la obra de **P. Frisch**, desde una perspectiva crítica, **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 30 y s.; **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 97 y s., y representantes de la propia tendencia victimodogmática como **Schünemann** (NSTZ 1986, p. 439) y **Fiedler** (*Fremdgefährdung*, p. 91).

<sup>215</sup> Cfr. *supra* Introducción a la segunda parte, 3.

<sup>216</sup> Cfr. *infra* §§ 5 y 7.

ciones que también las utilizan, si bien en otras ubicaciones dogmáticas.



## § 5 Consentimiento

-----

### I. Una misma idea en diferentes

-----  
formulaciones dogmáticas  
-----

#### A. Introducción

La idea material de que es necesario aprehender la problemática de la intervención de la víctima precisa y exclusivamente desde la perspectiva de esta víctima, sobre todo desde el punto de vista de los conocimientos de que ésta disponga, aparece en varias construcciones dogmáticas diferentes. Estas aproximaciones no sólo difieren entre sí en cuanto a la circunstancia de la utilización o no del concepto de "consentimiento", sino también en cuanto a la ubicación de la respectiva construcción en la teoría del delito (y las consecuencias que esta ubicación ha de tener respecto del marco teórico de los posibles efectos jurídicos de la intervención del sujeto lesionado que esto conlleva) y en cuanto a la intensidad de implicación (subjetiva) de la víctima que se estima necesaria para atribuir efecto exoneratorio respecto del autor al comportamiento de la víctima.

En lo que se refiere a la utilización del consentimiento en sentido estricto, se ubica la cuestión -partiendo de una aproximación subjetiva para diferenciar los ámbitos de "lesión" y "puesta en peligro", es decir, en función de la ac-

titud subjetiva más frecuente en el campo de la puesta en peligro ("imprudencia") frente al de la lesión ("dolo")<sup>217</sup>- con frecuencia en el marco del consentimiento en los delitos imprudentes. En este sentido, como ya se ha señalado<sup>218</sup>, la idea material del consentimiento (la de la aceptación consciente de la víctima -dicho, de momento, en términos amplios- del acontecer arriesgado) se ha formulado dentro de la construcción de los delitos imprudentes como factor que puede excluir la infracción del deber objetivo de cuidado. También se utiliza la institución del consentimiento en un sentido más habitual (bien como causa de justificación, bien como causa de exclusión de la tipicidad) como mecanismo para resolver los problemas que plantea la intervención de la víctima, ya sea desde una perspectiva más "tradicional" o intentando introducir ulteriores diferenciaciones en la institución a través del establecimiento de un consentimiento "no final" o cuasi-imprudente<sup>219</sup>. Pero la idea que está detrás del consentimiento también aparece en cierta medida, por ejemplo, en muchas de las construcciones doctrinales más recientes que han recogido la diferenciación elaborada por **Roxin** entre la "participación en una autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro consentida"<sup>220</sup>, de modo expreso o

---

<sup>217</sup> Cfr. también *supra* § 2 I.

<sup>218</sup> Cfr. *supra* § 4 II. B.

<sup>219</sup> Cfr. *infra* § 5 II.

<sup>220</sup> Sobre esta construcción, cfr. *infra* § 6.

tácito, cuando se exige -utilizando una fórmula extendida e incorporada a la jurisprudencia del BGH- que es presupuesto de la aplicación de la mencionada construcción que la víctima "conociese" o "abarcase" la situación de riesgo<sup>221</sup>. Finalmente, la idea base del consentimiento concurre también en numerosas aproximaciones doctrinales al problema concreto de la determinación de los criterios que permiten hablar de una víctima responsable<sup>222</sup>.

Esta exigencia de alguna forma de consentimiento como elemento de la solución dogmática, como se verá, está conectada con la base normativa -tácita o expresa- de estas concepciones en un principio de "autoresponsabilidad"<sup>223</sup>, entendido de una determinada manera, es decir, en el sentido de concebir tal autoresponsabilidad únicamente sobre la base de supuestos en los que de algún modo tiene lugar algún tipo de "renuncia" consciente por parte del titular del bien que posteriormente se convierte en víctima.

---

<sup>221</sup> Cfr. BGHSt 32, pp. 262 y ss., 265; en algunos casos se exige al menos respecto del grupo de casos de la "heteropuesta en peligro" la concurrencia de un consentimiento en sentido estricto -ya sea como causa de justificación o de exclusión del tipo-; en este sentido, vid. de momento y por ejemplo, *SK-Samson*, Anexo al § 16, n.m. 33; *S/S<sup>24</sup>-Lenckner*, n.m. 103 y ss. previos a los §§ 32 y ss. y *S/S<sup>24</sup>-Eser*, § 222 n.m. 3; *Jeschke/Weigend*, AT<sup>6</sup>, § 34 II. 3., § 56 II. 3.; *Dölling*, GA 1984, pp. 80 y ss. (sobre la particular concepción de *Dölling*, cfr. las consideraciones *infra* § 5 II. A. 3.); *Eschweiler*, *Selbstgefährdung*, pp. 22 y ss., 55.

<sup>222</sup> Cfr. en el presente estudio *infra* § 10 II.

<sup>223</sup> Cfr. sobre esto *infra* § 5 II. C. 2. y la aproximación propuesta en §§ 8 y 9 I. A. 3.

## B. El consentimiento como causa de justificación y la "doctrina de la ponderación"

Mención aparte y previa merece la idea de que es necesario ubicar la problemática -o al menos ciertos sectores de ésta- en el ámbito de la institución del consentimiento como causa de justificación<sup>224</sup>. En primer lugar, se producen con esta opción todos los inconvenientes que plantea la reconducción de contenidos que desde la óptica aquí seguida se entienden como de definición de injusto típico al plano de la justificación, esto es, todos los problemas que suscitan aquellas

---

<sup>224</sup> Cfr. a favor de esta ubicación sistemática para el ámbito que aquí interesa, por ejemplo, *SK-Samson*, Anexo al § 16, n.m. 33 (aunque proponiendo en algunos casos la aplicación de la construcción de la "participación [impune] en una autopuesta en peligro" [cfr. *infra* § 6]); *S/S<sup>24</sup>-Lenckner*, n.m. 103 y ss. previos a los §§ 32 y ss. (cfr. también n.m. 102, en relación con supuestos en los que el consentimiento conduce a la existencia de un "riesgo permitido" justificante); *S/S<sup>24</sup>-Esler*, § 222 n.m. 3 (ambos igualmente combinando, además, el consentimiento con la diferenciación acabada de mencionar, cfr. op. cit. n.m. 107 previo a los §§ 32 y ss.); *Baumann/Weber/Mitsch*, AT<sup>10</sup>, 14/74, 17/101, 22/53; *Cerezo Mir*, LH Rodríguez Devesa, p. 234 (= *idem*, PG II, p. 100); *Jescheck/Weigend*, AT<sup>6</sup>, § 34 II. 3., § 56 II. 3.; *Kühl*, AT, 17/82 y ss. (en combinación con la "autopuesta en peligro", que en su opinión excluye la tipicidad); *Stratenwerth*, AT I<sup>1</sup>, n.m. 1116 (quien, sin embargo, no se pronuncia con claridad sobre la cuestión acerca de si la justificación se puede producir por el consentimiento o en virtud del riesgo permitido, subrayando que lo esencial es la "cuestión material" de la "autoresponsabilidad"); *Weber*, en: *Arzt/Weber*, BT I<sup>3</sup>, n.m. 283; *idem*, FS Baumann, pp. 43 y ss.; *Bickelhaupt*, NJW 1967, p. 713; *Kellner*, *Einwilligung*, pp. 86 y ss.; *Schaffstein*, FS Welzel, pp. 570 y ss.; *Quillmann*, *Einwilligung*, pp. 42 y ss.; *Dölling*, GA 1984, pp. 71 y ss., con unas peculiaridades a las que se hará alusión *infra* § 5 II. A. 3. En la doctrina italiana, cfr. *Riz*, *Il consenso dell'avente diritto*, pp. 234 y ss.; *Salazar*, Cass.Pen. 1983, pp. 282 y ss.; *Licitra*, Cass.Pen. 1985, pp. 504, 507, 514. Respecto de la situación en Inglaterra -partiendo, como es sabido, de una aproximación sistemática muy distinta a la de los ordenamientos continentales, considerando el consentimiento como elemento procesal (*defence*) - cfr. recientemente, en el marco de los esfuerzos de codificación en Inglaterra y País de Gales, *Ormerod/Gunn*, *CrimLR* 1996, pp. 704 y ss., con referencia a las actividades arriesgadas, pp. 695, 704 y s.

posturas críticas con la imputación objetiva en cuanto parte de la teoría del tipo y que proponen la ubicación de al menos parte de los problemas materiales en cuestión en la justificación<sup>225</sup>.

Pero además de esta problemática general, en lo relativo a la cuestión de la intervención de la víctima, la consideración del problema en el plano de la justificación adquiere mayor relevancia por la existencia de límites de Derecho positivo a la disposición sobre algunos de los bienes jurídicos en cuestión<sup>226</sup>. En efecto, puede pensarse que en la base de muchas de las posturas que quieren plantear la relevancia de la intervención de la víctima en el marco de la justificación está la legítima intención de evitar que mediante el desarrollo de construcciones dogmáticas ubicadas en la tipicidad se eludan los límites jurídico-positivos a la disposición sobre los importantes bienes en juego, límites asentados y elaborados por la doctrina y jurisprudencia en materia de la causa de justificación del consentimiento. Se persigue evitar, dicho de otro modo, que quede fundamen-

---

<sup>225</sup> Cfr. *supra* § 3 II. En todo caso, aquí no se pretende entrar en la clásica polémica acerca de si el consentimiento (en sentido estricto, excluyendo los supuestos de "conformidad" o "acuerdo") debe entenderse como causa de justificación o como causa de exclusión de la tipicidad en todo caso (vid. por todos **Mir Puig**, *PG*<sup>4</sup>, 19/7 y ss.). Como se intentará mostrar a lo largo del texto, ello no es necesario, ya que la institución del consentimiento es aplicada indebidamente al ámbito de casos que aquí interesa.

<sup>226</sup> Cfr. sobre esto también el texto *infra* § 5 II. A. 1. y las referencias contenidas en nota.

tada la impunidad de ciertas modalidades de comportamiento peligrosas con meras "afirmaciones globales"<sup>227</sup>.

Por el contrario -se sostiene por los partidarios de aplicar el consentimiento como causa de justificación- es preferible exigir, en vez de contentarse con criterios vaporosos en el marco de la teoría del tipo, que se acredite que concurren los presupuestos de la causa de justificación del consentimiento; se intenta establecer en el ámbito de la intervención de la víctima en actividades arriesgadas límites al consentimiento equivalentes a los fijados por las normas limitadoras en los supuestos de lesión.

La ubicación en el ámbito de la justificación conduce a un peculiar entendimiento del proceso de verificación de la validez del consentimiento. Así, se afirma, sobre todo en algunos sectores de la doctrina y jurisprudencia alemanas<sup>228</sup>, con evidente paralelismo al parámetro del § 226 a

---

<sup>227</sup> Así, por ejemplo, **Stratenwerth**, AT I<sup>3</sup>, n.m. 1113; en sentido muy similar el temor expresado por **Hillenkamp** (JuS 1977, p. 171), para quien con la "reubicación dogmática [es decir, trasladando el problema fuera del ámbito del consentimiento] se hunden ciertos muros de contención de la protección de bienes jurídicos cuya construcción, hasta ahora, se había estimado justificada"; **Dach** (*Einwilligung*, p. 25) dice en este sentido que al sustraerse el problema al consentimiento se está llevando a cabo en realidad un "inadmisibles cambio de etiqueta"; cfr. también **Dölling**, GA 1984, pp. 80 y ss.

<sup>228</sup> Así, por ejemplo, **Jescheck/Weigend**, AT<sup>6</sup>, § 34 II. 3. Entre quienes han defendido últimamente la doctrina de la ponderación que a continuación se pasa a exponer en el texto hay que mencionar sobre todo la aportación de **Dölling** (desarrollada en GA 1984, pp. 71 y ss., 90 y ss., y a la que se hará referencia *infra* en el texto, § 5 II. A. 3.) y la  
(continúa...)

StGB<sup>229</sup>, que para determinar si el consentimiento puede justificar el comportamiento arriesgado, debe ponderarse en cada caso cuáles son los motivos y las finalidades de la actividad realizada, más concretamente, si ésta debe considerarse "racional". Los criterios para realizar esta ponderación siempre implican una consideración bastante detallada del contexto en el que se realiza el comportamiento. Así, por ejemplo, **Stratenwerth** afirma que "sólo puede ser admisible poner en serio peligro la vida de otro cuando consiente por razones que materialmente al menos sean razonables"<sup>230</sup>. De modo algo distinto, proponiendo una ponderación más abstracta y menos centrada en la valoración de los fines concretos del comportamiento individual, **Cerezo Mir**<sup>231</sup> conside-

---

<sup>228</sup> (. . .continuación)

construcción de **Weber** (FS Baumann, pp. 43 y ss.). Respecto de otras manifestaciones en la doctrina y jurisprudencia alemanas y en la doctrina española, cfr. las también las referencias que acompañan al texto que sigue.

También en Italia parece haber una línea jurisprudencial que tomo como punto de referencia -especialmente en los casos de actividades arriesgadas- los "fines" o la "motivación" de la conductas generadora de riesgo para apreciar o no consentimiento, cfr. **Licitra**, Cass. Pen. 1985, pp. 507 y s., 518, 520 con notas 29 y 30.

En lo que se refiere a la jurisprudencia española, como ya se ha visto cfr. *supra* § 4 I.-, el TS dispone de la construcción *ad hoc* de la doctrina de la concurrencia de conductas o de culpas, de modo que recurre con mucho menor frecuencia al consentimiento en los supuestos de puesta en riesgo.

<sup>229</sup> El § 226 a StGB regula el consentimiento en los delitos de lesiones: "**Consentimiento del lesionado**. Quien produzca unas lesiones con el consentimiento del lesionado, sólo actuará de modo antijurídico si el hecho es contrario a las buenas costumbres a pesar de concurrir el consentimiento.". Expresamente lo invocan, también para los supuestos de riesgo para la vida, por ejemplo, **Jescheck/Weigend**, AT<sup>6</sup>, § 34 II. 3.; vid. también las referencias *infra* en nota.

<sup>230</sup> AT I<sup>3</sup>, n.m. 1116.

<sup>231</sup> LH Rodríguez Devesa, p. 234 (= *idem*, PG II, p. 100).

ra que [la operancia del consentimiento] "...dependerá del resultado de la ponderación del valor de la libre actuación de la voluntad y del desvalor de la acción y del resultado".

También se ha señalado que esta especial ponderación es necesaria, cuando se trata de comportamientos en los que se pone el peligro la vida, en atención al especial tratamiento que merece en el ordenamiento el bien jurídico vida: "Mientras no haya una razón objetivamente racional para correr un peligro de muerte, el comportamiento del autor es valorado negativamente, del mismo modo que cuando alguien mata a otro por mera voluntad de éste"<sup>232</sup>.

Un buen ejemplo de la aplicación práctica -en la versión jurisprudencial desarrollada por el BGH- de estas consideraciones lo ofrece la resolución del BGH en el caso de la com-

---

<sup>232</sup> Göbel, *Einwilligung*, p. 45 (aunque Göbel -en función de su posición en cuanto al objeto del consentimiento, op. cit., pp. 25 y ss. quiere situar la cuestión fuera del ámbito del consentimiento; cfr. *infra* § 5 II. A.) En este sentido ya se pronunció, por ejemplo, **Mittermaier**, JW 1925, p. 2251) En sentido similar también antes **Quillmann**, *Einwilligung*, pp. 60 y ss.; **Dach**, *Einwilligung*, pp. 82 y ss.; cfr. también **LK<sup>II</sup>-Hirsch**, n.m. 95 previo al § 32; en sentido similar, pero en relación con el "riesgo permitido" **S/S<sup>24</sup>-Lenckner**, n.m. 102, 104 previo al § 32; **Jakobs** (AT<sup>2</sup>, 14/12), al menos respecto de algunos casos de producción imprudente de muerte (si bien esta postura resulta incoherente con otras propuestas de solución de corte más objetivo planteadas por el propio **Jakobs** [cfr. *infra* § 5 II. B. 2.]; por otra parte, sobre la última evolución de este autor, excluyendo la existencia de un consentimiento justificante -a diferencia de lo sostenido en su tratado-, cfr. **Jakobs**, FS Kaufmann, pp. 459 y ss.).



petición de motocicletas<sup>233</sup>, pues allí se afirma que la respuesta a la cuestión de cuándo ha de calificarse como "contrario a deber" el comportamiento que tiene lugar en el marco de una actividad conjunta arriesgada "depende de las circunstancias del caso"; "en particular, esta ponderación corresponde a la discrecionalidad del juez a quo"<sup>234</sup>.

Ciertamente, parece claro que el tratamiento de la cuestión en el plano de la tipicidad no debe convertirse en un subterfugio para llegar a atribuir relevancia exoneratoria al comportamiento de la víctima más allá de lo que el Derecho positivo permite<sup>235</sup>. Sin embargo, como ya se ha indicado, en la base de esta argumentación se encuentra una deficiente separación entre el ámbito de los comportamientos de lesión y los de actividades arriesgadas que no entran en el ámbito de los límites de disposición<sup>236</sup>. Además, como igualmente se ha apuntado<sup>237</sup>, existen fundamentos de índole general que

---

<sup>233</sup> BGHSt 7, pp. 112 y ss., 115 y ss.; cfr. el supuesto de hecho *supra* § 1 II. B. 6.

<sup>234</sup> BGHSt 7, p. 115.

<sup>235</sup> Así lo subraya, por ejemplo, W. Frisch, un destacado representante de la postura favorable a ubicar el problema -en la mayoría de los supuestos que aquí interesan- en el marco de una teoría del tipo objetivo (NSTZ 1992, p. 67; también *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 143) (sobre la postura de Frisch cfr. *supra* § 3 II. B. 1. en cuanto a su teoría general del "comportamiento típico"; *infra* § 8 II. B. 1. sobre la fundamentación de su solución para el problema de la intervención de la víctima).

<sup>236</sup> Cfr. la distinción propuesta *supra* § 2 II.

<sup>237</sup> Cfr. *supra* § 3 I.

han conducido en el desarrollo dogmático de los últimos años a entender que determinados problemas -entre otros, de reparto de ámbitos de responsabilidad- normativos pertenecen al ámbito de la tipicidad. Y la cuestión de la delimitación de los ámbitos de responsabilidad entre "víctima" y "autor", como se intentará mostrar más adelante, es uno de estos problemas<sup>238</sup>. Por otra parte, la idea de que el recurso a la institución del consentimiento como causa de justificación ha de conducir a un tratamiento más seguro, con mayores garantías para la persona lesionada que otras construcciones dogmáticas en el ámbito de la teoría del tipo queda desmentida si se contempla la praxis de la jurisprudencia alemana en esta materia, que ha recurrido a ponderaciones de difícil contrastación.

Los "imponderables" que una ponderación discrecional y difusa puede conllevar pueden ser observados con bastante claridad comparando la sentencia del RG en el caso del barquero del río Memel<sup>239</sup> (pronunciándose el RG por la absolución), con la sentencia en el caso del copiloto del mismo tribunal<sup>240</sup> (en el que el RG llegó a la condena). Al referirse el RG en la resolución del segundo caso

---

<sup>238</sup> Cfr. *infra* § 9.

<sup>239</sup> RGSt 57, pp. 172 y ss.: un barquero había intentado cruzar a dos viajeros a través del helado Memel a petición de éstos, después de informarles de lo peligroso de su propósito, pereciendo los viajeros; cfr. el supuesto de hecho de la resolución *supra* § 1 II. B. 4.

<sup>240</sup> RG JW 1925, pp. 2251 y ss.: dos jóvenes habían realizado en varias ocasiones arriesgados recorridos en motocicleta y sufrieron un accidente en el que murió el copiloto; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. A. 1.

a su anterior sentencia en el caso del barquero, considera que en aquel se trataba del ejercicio de la profesión del acusado, mientras que "[en el segundo supuesto]...en cambio, una persona no autorizada se ha arrogado el derecho de conducir un vehículo de motor por pura ligereza... no cabe hablar de que concurra 'consentimiento' "<sup>241</sup>: no se argumenta sobre la base de la situación objetiva (es decir, si la víctima realmente consintió o no), sino de la motivación de la actividad arriesgada conjunta. Lo que se produce es una valoración del motivo de la puesta en peligro, una insegura valoración concreta de los móviles conforme a criterios sociales, que el juez efectúa *ex post*<sup>242</sup>.

De hecho, un nutrido sector doctrinal ha criticado con razón esta línea jurisprudencial, al considerar que en última instancia conduce a consideraciones de equidad arbitrarias y puede dar entrada a criterios paternalistas *ad hoc* no justificados de modo satisfactorio<sup>243</sup>.

---

<sup>241</sup> JW 1925, p. 2252.

<sup>242</sup> Con independencia de que en el segundo caso concurriera un "desnivel de conocimientos" entre víctima y autor que justifica la solución material del RG; sobre esta sentencia, en lo que se refiere a la problemática de los respectivos conocimientos de víctima y autor, *infra* § 9 I. A. 4 a).

<sup>243</sup> Así ya decididamente **Schaffstein**, FS Welzel, pp. 569 y s. En contra de que deba llevarse a cabo la ponderación de la racionalidad de la actividad o de los fines valorados de modo positivo de la misma también **SK-Samson**, anexo al § 16, n.m. 33; **AK-Zielinski**, §§ 15, 16 n.m. 128; **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/87, 11/100, quien señala que este procedimiento es incompatible con el principio de determinación; cfr. también antes ya *idem*, FS Gallas, p. 246, en contra de la argumentación de la sentencia antes citada (BGHSt 7, pp. 112 y ss.) en el caso de la competición de motocicletas del BGH; cfr. en esta misma línea crítica **Preuß**, *Untersuchungen*, pp. 153 y ss.; **Dach**, *Einwilligung*, pp. 108 y s.; **Schünemann**, NSTZ 1982, p. 61, refiriéndose también expresamente a BGHSt 7, p. 112 y ss.; en sentido similar, también se muestra crítica respecto de la jurisprudencia italiana que sigue la línea de valoración de los motivos de (continúa...)

Finalmente, debe señalarse que el propio BGH se ha apartado en los últimos tiempos -sobre todo, desde su asunción de la doctrina de la participación (impune) en una autopuesta en peligro<sup>244</sup>- en un número considerable de sentencias del enfoque sistemático adoptado en esta jurisprudencia, llegando, además, a soluciones prácticas distintas a las que alcanzaba con la doctrina de la ponderación.

---

<sup>243</sup>(...continuación)

actuar *Licitra*, Cass.Pen. 1985, pp. 507 y s., 518; **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 157, nota 22, también respecto de BGHSt 7, pp. 112 y ss.; **Eschweiler**, *Selbstgefährdung*, p. 37; también **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 90, 94, quien duda de que siquiera sea posible realizar la valoración de la actividad desde fuera, y op. cit., pp. 152 y s. con nota 550, en contra de BGHSt 7, pp. 112 y ss.; **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 234 y s., quien afirma que esta solución abriría las puertas a un paternalismo injustificable.

Respecto de la esta misma posición en Inglaterra -en el marco de las propuestas de codificación-. exigiendo que debe comprobarse si era "razonable" asumir el riesgo en cuestión, cfr. **Ormerod/Gunn**, *CrimLR* 1996, p. 704.

En lo que se refiere al parámetro a aplicar en concreto, se muestran favorables a la aplicación del criterio del § 226 a StGB, también en cuanto a las conductas imprudentes y a las conductas que ponen en peligro la vida, por ejemplo, *S/S<sup>24</sup>-Lenckner*, n.m. 104 previo a los §§ 32 y ss.; *LK<sup>11</sup>-Hirsch*, n.m. 95 previo al § 32; **Jescheck/Weigend**, *AT<sup>6</sup>*, § 34 II. 3.; **Weber**, *FS Baumann*, pp. 47 y s.; en contra, por ejemplo, **Schaffstein**, *FS Welzel*, p. 570; **Dölling**, *GA* 1984, pp. 90 y ss., para quien no puede generalizarse el parámetro del § 226 a StGB por estar previsto para las peculiaridades del delito de lesiones (**Dölling**, sin embargo, llega a una solución de ponderación valorativa que en última instancia se orienta en atención a criterios materiales muy similares, cfr. *infra* § 5 II. 2.); en la doctrina española, **Bacigalupo**, *PG<sup>3</sup>*, p. 248, es contrario al traslado de la regulación relativa a las lesiones.

Cfr. además en el presente estudio las consideraciones expuestas *infra* § 5 II. C.

<sup>244</sup> A partir de BGHSt 32, pp. 262 y ss. (caso de la jeringuilla; sobre el significado de esta resolución en la evolución de la jurisprudencia del BGH, cfr. *infra* § 6 I. C.); **Weber**, en: **Arzt/Weber**, *BT* 1<sup>3</sup>, n.m. 283, considera que la doctrina jurisprudencial de la ponderación está "superada" a partir de la sentencia acabada de citar. Ya antes afirmó el BGH en la sentencia del caso del tratamiento de desintoxicación que en este ámbito "no se trata de la cuestión del consentimiento, sino de una cuestión de la antijuridicidad de distintas características" (BGH JR 1979, p. 429; cfr. los supuestos de hecho de las sentencias citadas *supra* § 1 II. A. 2. y 6., respectivamente).

## II. La perspectiva subjetiva de la víctima y sus problemas

-----

### A. El consentimiento en sentido estricto

#### 1. Introducción

El tratamiento de la problemática de la intervención de la víctima por completo en el campo del consentimiento "tradicional" -sea entendido como causa de justificación o como elemento excluyente del tipo- es una de las modalidades más extendidas de tratamiento jurídico-penal de los supuestos de actividades conjuntas peligrosas<sup>245</sup>. Esta aproximación al problema de la intervención conjunta de autor y víctima en actividades arriesgadas se construye sobre la base de la idea de que no existe una diferencia relevante en la configuración objetiva de estos supuestos frente a los casos clásicos de consentimiento, centrados en el plano objetivo en el consentimiento en la lesión-destrucción de un bien. En este sentido, suele considerarse que la diferencia típica entre los casos que aquí interesan y los de consentimiento "normal" está en la relación psíquica de quien resulta dañado hacia el resultado de lesión. En efecto, ya desde un

---

<sup>245</sup> **Roxin** considera que este punto de partida constituye en Alemania aún la opinión mayoritaria al menos respecto de los casos de intervención preponderante del tercero en la ejecución o "heteropuesta en peligro" (AT I<sup>2</sup>, 11/98; cfr. respecto de la posición de **Roxin** infra § 6 I.); vid. también en este sentido **Eschweiler**, *Selbstgefährdung*, p. 21; **Da Costa Andrade**, *Consentimiento e acuerdo*, p. 287; afirma lo mismo respecto de la jurisprudencia alemana **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 86, nota 254. Por lo demás, vid. las exhaustivas referencias a la doctrina y jurisprudencia alemanas anteriores a la década de los setenta contenidas en **P. Frisch**, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 16 y ss.

principio salta a la vista que mientras en el caso del consentimiento "normal" es precisamente la lesión del bien la que se desea, en este ámbito por regla general se persigue el comportamiento peligroso, pero se confía en que el resultado no tenga lugar. Y esta diferencia en lo relativo a la actitud subjetiva de la víctima que se presupone normal plantea considerables dificultades a esta opción en cuanto a la posibilidad de atribuir algún efecto al consentimiento<sup>246</sup>. Como se verá, un análisis de la problemática conduce a la conclusión de que en los supuestos que interesan no existe un consentimiento que merezca ese nombre.

Por otra parte, la existencia de normas limitadoras de la disposición sobre determinados bienes genera un obstáculo esencial para esta aproximación: si se concibe -como sucede en el consentimiento "normal", que es cuasi-doloso desde el punto de vista de la víctima- el resultado (hipotético), es decir, la entidad y la clase de lesión del objeto del bien jurídico, como objeto del consentimiento, parece que quedan automáticamente excluidos como supuestos relevantes un gran número de comportamientos de puesta en peligro, puesto que frecuentemente se tratará de riesgos que pueden afectar a bienes jurídicos vedados a un sacrificio por parte de su titular, de modo que parecería ya desde un principio que el

---

<sup>246</sup> En este sentido señala **Walther** (*Eigenverantwortlichkeit*, p. 34) que el consentimiento "no 'cuadra' bien. . en el ámbito de la imprudencia, en el que precisamente no hay **voluntad** de lesión".

consentimiento no podría ser más que una figura marginal en este ámbito<sup>247</sup>. En efecto, ello ha llevado a que se afirme que el consentimiento carece de relevancia en este ámbito, al menos cuando el riesgo afecta a bienes -como la vida- sobre cuya lesión no cabe disposición válida:

"En consecuencia, el consentimiento expreso en una acción imprudente que ponga en peligro, y ulteriormente lesione, la vida de la víctima carecería jurídicamente de significación. En tal homicidio culposo persistiría la responsabilidad jurídico-penal del autor."<sup>248</sup>

De hecho, en la doctrina alemana es mayoritaria la posición -dentro de la perspectiva que parte de esta institución- de negar efecto al consentimiento<sup>249</sup>; en lo que se refiere a la jurisprudencia del BGH, baste con una cita extraída de la sentencia del caso del ciclomotor<sup>250</sup>: "[sólo puede consentir en la lesión de bienes jurídicos] ...quien está autorizado a

---

<sup>247</sup> Esto lo subrayan, por ejemplo, y entre otros muchos, **Roxin**, AT *R*<sup>2</sup>, 11/98, para descartar la opción por el consentimiento; **Otto**, Jura 1984, p. 539; **Geppert**, Jura 1987, p. 672 (modificando así su posición sostenida con anterioridad en ZStW 83 [1971], pp. 953 y ss.); **Donatsch**, ZStrR 105 (1988), p. 372; **Da Costa Andrade**, Consentimiento e acuerdo, p. 269; **Göbel**, Einwilligung, p. 25; **Derksen**, Handeln auf eigene Gefahr, p. 86, nota 256.

<sup>248</sup> **Torío López**, LH Fernández Albor, p. 720.

<sup>249</sup> Así, por ejemplo, lo afirma **SK-Samson**, anexo al § 16, n.m. 33; **Walther** (*Eigenverantwortlichkeit*, p. 35) dice que "probablemente" este punto de vista es el dominante; aquí cfr. las referencias *infra* en nota.

<sup>250</sup> BGH MDR 1959, p. 856 = BGH VRS 17, pp. 277 y ss.; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 5.

disponer sobre ellos, la vida humana, sin embargo, no se encuentra entre estos [bienes jurídicos]"<sup>251</sup>.

Parece, por lo tanto, que una aplicación sin más de la institución del consentimiento ha de fracasar ya en el obstáculo de la indisponibilidad de ciertos bienes jurídicos<sup>252</sup>.

---

<sup>251</sup> BGH VRS 17, p. 279. Ello con independencia de que en la jurisprudencia del BGH se mantuviera en ocasiones "abierta una vía de salida" (Roxin, AT I<sup>2</sup>, 11/99) frente a la denegación de la validez del consentimiento mediante la afirmación -en la línea de la sentencia en el caso del barquero, cfr. supra § 4 II. 5. de que, sin embargo, el consentimiento puede hacer desaparecer la infracción de deber dentro de la sistemática del delito imprudente: una de las razones -y no la de menor peso- por las que "la destrucción de una vida humana es amenazada de pena...[es] la protección de todos.., por lo que en el ámbito de los [delitos] contra la vida el consentimiento del lesionado... carece, en principio, de relevancia jurídica. Sin embargo, bajo determinadas circunstancias puede suceder que haya de negarse que concorra la contrariedad a deber de un comportamiento, cuando alguien ha asumido un determinado riesgo aprehendiéndolo con claridad..." (BGHSt 4, p. 93).

<sup>252</sup> En relación con los riesgos de muerte, decía ya Welzel que se trata de una cuestión "poco clarificada y muy discutida" (Strafrecht<sup>II</sup>, p. 97). Son contrarios a atribuir efectos al consentimiento en función de consideraciones similares a las expuestas en el texto, por ejemplo, Jescheck/Weigend, AT<sup>6</sup>, § 56 II. 3. (sin embargo, estos autores admiten de modo poco coherente con el punto acabado de citar- la posibilidad de un consentimiento justificante de acuerdo con los patrones del § 226a StGB en op. cit., § 34 II. 3.); Cerezo Mir, PG I<sup>4</sup>, pp. 348 y s.; idem, LH Rodríguez Devesa, p. 234 (= idem, PG II, p. 100); Eser/Burkhardt, StudK I, 13 A 20; Mittermaier, JW 1925, p. 2250; Kohlhaas, DAR 1960, pp. 349 y s.; Hansen, Einwilligung, p. 54; Mayer, JuS 1990, p. 788; Bickelhaupt, NJW 1967, p. 713; Geppert, ZStW 83 (1971), pp. 953 y ss., 987 (quien, sin embargo, ha modificado su posición posteriormente en Jura 1987, p. 672, nota 32) (todos ellos en lo que se refiere al homicidio imprudente [puesta en peligro de la vida], y con una posición más matizada respecto de las lesiones imprudentes). Considera también que el consentimiento no puede operar en estos casos, al ser necesario que se refiera al resultado, Zipf, Einwilligung und Risikoübernahme, pp. 22 y s., 70 y ss., 73, 84; idem, ÖJZ 1977, p. 382. Respecto de la doctrina y jurisprudencia austriacas, cfr. sólo Triffter, AT, pp. 243 y s.; en cuanto a la situación en Italia, en donde doctrina y jurisprudencia también están en esta línea de modo mayoritario, cfr. Riz, Il consenso dell'avente diritto, pp. 95 y ss., 243 y s. con nota 74; Salazar, Cass.Pen. 1983, pp. 282 y ss.; Licitra, Cass.Pen. 1985, pp. 504, 507, 514.

(continúa...)



## 2. Consentimiento "en el riesgo"

Sin embargo, se ha planteado por parte de algún sector doctrinal que -al menos en los supuestos que aquí son de interés- puede ser suficiente para exonerar al autor que la víctima haya consentido tan sólo en la acción peligrosa, sin que sea necesario, por lo tanto, que se produzca consentimiento respecto de las posibles consecuencias del riesgo. De este modo, parece que la solución del "consentimiento en el riesgo" evita la colisión con las normas positivas que limitan la disposición sobre ciertos bienes -y asegura así un ámbito de aplicación al consentimiento en el campo de las constelaciones de casos que aquí interesan-, aunque sea pa-

---

<sup>252</sup>(...continuación)

Han considerado, por el contrario, desde puntos de vista diversos, que puede haber consentimiento válido respecto de un riesgo de muerte, por ejemplo, **Stratenwerth**, AT I<sup>3</sup>, n.m. 1115; **SK-Samson**, n.m. 33 anexo al § 16; **Mir Puig**, PG<sup>4</sup>, 19/27; **idem**, ADPCP 1991, pp. 266 y s.; **Weber**, en: **Arzt/Weber**, BT I<sup>3</sup>, n.m. 283; bajo la terminología de la "actuación a riesgo propio", también **Krey**, BT I<sup>10</sup>, n.m. 126; **Berz**, GA 1969, p. 148; **Kellner**, *Einwilligung*, pp. 89 y ss.; **Langrock**, MDR 1970, p. 984; **Schaffstein**, FS Welzel, p. 570; **Quillmann**, *Einwilligung*, pp. 32 y ss.; **Dach**, *Einwilligung*, pp. 28 y s., 77; **Riz**, *Il consenso dell'avente diritto*, pp. 95 y ss., 243 y s.; **Casas Barquero**, *El consentimiento*, p. 48; **Eschweiler**, *Selbstgefährdung*, pp. 52 y s.; **W. Frisch**, JuS 1990, pp. 369 y s.; **idem**, NSTZ 1992, pp. 66 y s. (respecto de los casos en los que el comportamiento del autor es posterior al de la víctima); **Portilla Contre-ras**, CPC 1991, p. 703, nota 31.

Respecto de la situación en Inglaterra, cfr. la propuesta de codificación que pretende situar el límite en las lesiones especialmente graves y una valoración crítica de esa propuesta en **Ormerod/Gunn**, CrimLR 1996, pp. 694, nota 2, 695 y ss., 704 y s.

gando el precio de una reedición sectorial de la discusión acerca del objeto del consentimiento<sup>253</sup>.

---

<sup>253</sup> La cuestión general del objeto del consentimiento lleva siendo discutida en el ámbito de la teoría del consentimiento desde hace mucho tiempo. Cfr. entre la doctrina más antigua, por todos, **Gerland**, *VDAT II*, pp. 591 y s.; **Schrey**, *Gegenstand der Einwilligung*, pp. 52 y ss., con referencias.

Ya en el ámbito concreto de las actividades conjuntas arriesgadas, resaltan el dilema que plantea la opción por el objeto del consentimiento en relación con los límites jurídico-positivos a la disposición sobre bienes, haciendo referencia precisamente a los supuestos que aquí interesan **Mir Puig**, *PG*<sup>4</sup>, 19/25 y ss.; **Derkson**, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 86; **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 33; cfr. además *LK*<sup>10</sup>-**Hirsch**, n.m. 4 § 226 a.

Es por ello que propone **Schaffstein** (FS Welzel, pp. 559 y ss., 563 y ss.), por ejemplo, concebir en los delitos imprudentes el desvalor de acción como único contenido del injusto, para así poder referir el consentimiento a la puesta en peligro (en sentido similar, por ejemplo, **Eschweiler**, *Selbstgefährdung*, pp. 23 y s., 49); esto, como salta a la vista -siempre que se siga una concepción que integre el desvalor de resultado en el injusto-, es problemático, puesto que de este modo se niega la cualidad del resultado como elemento integrante del injusto (en este sentido **Roxin**, *AT I*<sup>3</sup>, 11/98, 24/101). En esta línea -si bien de modo limitado a las actividades lícitas- también hay un sector de la jurisprudencia italiana que aplica la previsión expresa relativa al consentimiento (art. 50 CPit.) del Código penal italiano a casos de actividades arriesgadas; cfr. las resoluciones citadas por **Licitra**, *Cass. Pen.* 1985, pp. 507/520, nota 26; en la jurisprudencia del TS, hay que hacer referencia a la STS 17.7.1990 (RA 6728; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución supra § 1 II. B. 8.), que utiliza la idea del consentimiento en el riesgo en el marco de la distinción entre auto- y heteropuesta en peligro (cfr. sobre esta distinción la exposición infra § 6). Entre los autores que se manifiestan a favor de establecer la acción arriesgada como objeto del consentimiento, siempre respecto de las constataciones de casos que aquí interesan -si bien con distintas posiciones en cuanto a los efectos que éste ha de tener respecto del bien jurídico vida y en el marco de distintas construcciones dogmáticas en las que se inserta ese consentimiento-, cabe citar a *S/S*<sup>24</sup>-**Lenckner**, n.m. 102, 104 previo al § 32; **Baumann/Weber/Mitsch**, *AT*<sup>10</sup>, 14/74, 17/101, 22/53; **Cerezo Mir**, LH Rodríguez Devesa, pp. 233 y s. (= *idem*, *PG II*, pp. 99 y s.); **Jakobs**, *AT*<sup>2</sup>, 7/128 (dentro del "consentimiento no final", vid. infra § 5 II. B. 2.); **Kühl**, *AT*, 17/82 y ss.; **H. Mayer**, *AT*, p. 188 (el consentimiento 'incrementa el ámbito del riesgo permitido; así también **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, pp. 315 y ss., 318 y s. y **Paredes Castañón**, *El riesgo permitido*, p. 431); **Mir Puig**, *PG*<sup>4</sup>, 19/26 (cfr., sin embargo, en favor de una solución con elementos objetivos en cuanto a las actividades deportivas *idem*, op. cit., 18/47 con nota 37); *idem*, *ADPCP* 1991, p. 266; **Welzel**, *Strafrecht*<sup>11</sup>, pp. 97 y s.; **Weber**, en: **Arzt/Weber**, *BT I*<sup>3</sup>, n.m. 283 e *idem*, FS Baumann, pp. 43 y ss., 45 y ss.; materialmente también **Krey**, *BT I*<sup>10</sup>, n.m. 126; en este sentido ya **Klee**, GA 49 (1902), (continúa...)

Esta solución ha de ir acompañada de una ampliación (que frecuentemente no se reconoce abiertamente) del ámbito de la institución del consentimiento en delitos imprudentes frente al delito doloso, es decir, a una valoración en todo caso dependiente de la actitud interna del "autor" y necesariamente a un tratamiento diferenciado del consentimiento en delitos dolosos e imprudentes: aquel sector de la doctrina que está dispuesto a otorgar mayor relevancia al consentimiento en el riesgo, extendiendo sus efectos también a supuestos de homicidio, lo hace generalmente limitando la

---

<sup>253</sup>(. .continuación)

pp. 246 y ss., 248, partiendo de que la asunción voluntaria del riesgo es indiciaria de la aceptación del resultado que pueda derivarse de aquel; **Schrey**, *Gegenstand der Einwilligung*, pp. 55 y s.; en la conclusión material también puede decirse que llega a esta solución **P. Frisch**, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 116; **Hillenkamp**, *JuS* 1977, pp. 170 y ss.; respecto de actividades deportivas, materialmente también **Eser**, *JZ* 1978, p. 372; **Riz**, *Il consenso dell'avente diritto*, pp. 234 y ss.; **Berdugo Gómez de la Torre**, *El delito de lesiones*, pp. 77 y ss.; *idem*, *CPC* 1981, pp. 213 y ss.; **Jorge Barreiro**, *CPC* 1982, p. 26; *idem*, *La imprudencia punible*, p. 88 (respecto del tratamiento médico-quirúrgico); **Romeo Casabona**, *CPC* 1982, pp. 290 y s.; **Salazar**, *Cass.Pen.* 1983, pp. 283 y ss., aunque sólo respecto de actividades lícitas; **Casas Barquero**, *El consentimiento*, pp. 45 y ss.; **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, pp. 315 y ss., 317, 550 y ss.; **Portilla Contreras**, *CPC* 1991, pp. 717 y ss.; **Luzón Peña**, en: **Mir Puig** (ed.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, pp. 14 y ss., afirmando que si bien el consentimiento en el riesgo no puede tener efecto justificante, sí puede excluir la autoría; **W. Frisch**, *JuS* 1990, pp. 369 y s.; *idem*, *NStZ* 1992, pp. 66 y s. (respecto de los casos en los que el comportamiento del autor es posterior al de la víctima); **Eschweiler**, *Selbstgefährdung*, pp. 24 y ss., 28 y s.; respecto de las lesiones, **Díez Ripollés**, en: *idem* (dir.)/**CGPJ** (ed.), *Delitos contra la vida e integridad física*, pp. 115 y s.; parece que también **De la Gándara Vallejo**, *Consentimiento*, pp. 133 y ss., 175 y s.

En Inglaterra se incluye en la reciente propuesta de codificación de la institución del consentimiento en la definición de objeto del consentimiento también expresamente el supuesto de asunción de un riesgo, cfr. **Ormerod/Gunn**, *CrimLR* 1996, p. 695.

En contra expresamente de estas posiciones, vid. de momento sólo **Bajo Fernández**, *PE I*<sup>2</sup>, p. 151; **Roxin**, *AT I*<sup>2</sup>, 24/101; **Göbel**, *Einwilligung*, pp. 24 y ss., 72; **Otto**, *FS Geerds*, p. 621; cfr. más referencias *infra* en el texto, § 5 II. C.

construcción a casos de comportamiento imprudente. En este sentido, se dice que " ..aquí han de regir... otros principios distintos a los del homicidio doloso, puesto que éste último afecta de modo muy diverso al deber de respeto que emana de la vida..."<sup>254</sup>. Se argumenta por parte de algunos autores que ello es así puesto que el contenido de injusto del delito imprudente se considera "por principio inferior"<sup>255</sup>. En consecuencia, puede sostenerse que el ámbito de efectos relevantes del consentimiento queda ampliado:

"En aquellos casos en los que el consentimiento no puede justificar la intervención dolosa, como por ejemplo en el caso del homicidio..., puede que sí lo haga sin dificultad tratándose de una puesta en peligro y una correspondiente producción no dolosa del resultado"<sup>256</sup>.

---

<sup>254</sup> S/S<sup>24</sup>-**Lenckner**, n.m. 104 previo a los §§ 32 y ss.; en sentido similar, por ejemplo, **LK<sup>10</sup>-Hirsch**, n.m. 93 y ss. previos al § 32; **Kühl**, AT, 17/87; **Dach**, NSTZ 1985, p. 25; **Geppert**, Jura 1987, p. 672; en sentido similar, si bien desde una perspectiva dogmática distinta del consentimiento (cfr. sobre todo *infra* § 6 II. B. 3.), **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 229 y s. En contra de esta diferencia (es decir, en contra de otorgar mayor relevancia al consentimiento sólo en caso de comportamientos imprudentes), cfr. sólo **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 14/12; según **Jakobs**, esta ampliación del ámbito del consentimiento (excluyente del tipo) ha de fundamentarse en la calidad del comportamiento (comportamiento de puesta en peligro en vez de comportamiento lesivo, AT<sup>2</sup>, 7/113). Sobre esta cuestión en relación con el "alcance" político-criminal de las normas que incriminan conductas de intervención en un suicidio ajeno, cfr. *supra* § 2 II.

<sup>255</sup> Así, por ejemplo, **Stratenwerth**, AT I<sup>3</sup>, n.m. 1115; adhiriéndose a la postura de **Stratenwerth** en este punto, **Cerezo Mir**, LH Rodríguez Devesa, p. 234 (= *idem*, PG II, p. 100).

<sup>256</sup> **Stratenwerth**, AT I, n.m. 1116; así también, desde distintas perspectivas, **Dölling**, GA 1984, p. 90; **Geppert**, Jura 1987, p. 672; **Casas Barquero**, *El consentimiento*, p. 48; **Eschweiler**, *Selbstgefährdung*, pp. 24 y ss.

De todos modos, no queda claro cuál es el elemento que da lugar a la menor gravedad del comportamiento: si el personal (imprudencia como modalidad de dirección de la conducta) o el de las características del comportamiento (imprudencia como conducta generadora de un riesgo menor). En este sentido, existen posturas que si bien toman como referencia el resultado para el consentimiento, acaban considerando la puesta en peligro misma como resultado relevante<sup>257</sup>.

### 3. Consentimiento "cualificado"

Especial consideración merece aquí la propuesta defendida en los últimos tiempos sobre todo por **Dölling**<sup>258</sup>, quien partiendo de la diferenciación entre la participación en una autolesión y la heterolesión consentida intenta solucionar en el marco de esta última categoría (puesto que respecto de la primera propone -adoptando la construcción desarrollada

---

<sup>257</sup> Esto puede decirse, por ejemplo, de las posturas de **Jescheck/Weigend**, *AT*<sup>6</sup>, § 56 II. 3.; **Bickelhaupt**, *NJW* 1967, p. 713; así también respecto de estos autores **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 35.

<sup>258</sup> Desarrollada en *GA* 1984, pp. 71 y ss.; una posición similar aparte de la coincidencia material con la tendencia de la ponderación más tradicional en materia del consentimiento justificante, como se verá a continuación- defienden últimamente, por ejemplo, **Helgerth**, *NStZ* 1988, p. 263; **Göbel**, *Einwilligung*, pp. 29 y ss., 45 (si bien sólo en lo que se refiere a la ponderación, pero fuera del ámbito del consentimiento, cfr. op. cit., pp. 25 y ss.).

sobre todo por **Roxin**<sup>259</sup>- como solución general la impunidad) el problema a través de un consentimiento "cualificado", en el sentido de una valoración de la finalidad del comportamiento arriesgado en cuestión<sup>260</sup>. En este sentido, para **Dölling** en estos supuestos ha de tenerse en cuenta que deben ponderarse, por un lado, la autodeterminación de la víctima (que en su opinión puede tener como consecuencia en algunos supuestos de heterolesión consentida el comportamiento del autor no merezca pena<sup>261</sup>) y la protección de bienes jurídicos. En opinión de **Dölling**, excepcionalmente podrá producirse una justificación del comportamiento del autor cuando los valores inherentes al ejercicio de la autonomía de la víctima, incluyendo el valor de los fines perseguidos con la actividad desarrollada, sean superiores al desvalor de la producción imprudente de la muerte<sup>262</sup>.

En este sentido, ya en el plano de las soluciones concretas, **Dölling** afirma que nunca podrá estimarse que el consentimiento en una heteropuesta en peligro en el ámbito de los estupefacientes -por ejemplo, inyectar una sustancia estupe-

---

<sup>259</sup> Cfr. sobre esta construcción y las diversas formulaciones teóricas que conducen a ella *infra* § 6.

<sup>260</sup> GA 1984, pp. 88 y ss., 90; posteriormente **Helgerth** (NStZ 1988, pp. 263 y s.) ha propuesto una aproximación muy similar -aunque con una impronta moralizante mucho más clara- a la problemática de la transmisión del SIDA; sobre esto a continuación en el texto.

<sup>261</sup> Cfr. **Dölling**, GA 1984, p. 88.

<sup>262</sup> GA 1984, p. 90.

faciente a quien así lo solicita- tiene efectos justificantes, puesto que en este ámbito no se realiza "valor positivo alguno"<sup>263</sup>. Por otra parte, en el caso del barquero<sup>264</sup> la solución dependerá en su opinión de cuál sea el motivo que impulsa a los viajeros a cruzar el río embravecido: tratándose de la mera intención de llegar rápidamente al punto de destino -como sucedía en el caso-, la motivación no constituye un bien de suficiente peso para una posible justificación; si, por el contrario, el objetivo perseguido es, por ejemplo, el de visitar al padre moribundo de uno de los viajeros, sí debe considerarse justificada la heteropuesta en peligro<sup>265</sup>. Partiendo de la construcción de Dölling, se ha propuesto también en el ámbito de las relaciones sexuales con posible transmisión del virus de inmunodeficiencia humana (VIH<sup>266</sup>) -desde el presupuesto de que se trata de supuestos de "heteropuesta en peligro consentida"<sup>267</sup>- tener en cuenta si el contacto sexual se produce dentro o fuera del matrimonio; pues en éste último caso, la mera satisfacción

---

<sup>263</sup> GA 1984, p. 93.

<sup>264</sup> RGSt 57, pp. 172 y ss. (cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 4.).

<sup>265</sup> Dölling, GA 1984, p. 93.

<sup>266</sup> Sobre algunas de las cuestiones que el ámbito de la transmisión del SIDA plantea con independencia de la problemática de la intervención de la víctima, vid. las referencias *infra* § 6 II. C. 2. en nota.

<sup>267</sup> Clasificación que tampoco está clara para los partidarios de la distinción entre "participación en una autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro consentida", cfr. *infra* § 6 II. C. 2.

de las necesidades sexuales no constituye un "valor positivo"<sup>268</sup>.

Parece claro que puede decirse que la concepción de **Dölling** no hace otra cosa que "verbalizar" y desarrollar dogmáticamente la praxis de ponderación seguida en la jurisprudencia alemana a la que antes se ha hecho referencia -aunque debe reconocerse que **Dölling** plantea al menos de modo expreso cómo debe llevarse a cabo el proceso de ponderación, a diferencia de lo que sucedía frecuentemente en esta jurisprudencia-, lo que convierte su aproximación en blanco de las críticas de las que esta jurisprudencia ha sido objeto<sup>269</sup>. En este sentido, la propuesta revela a dónde lleva la idea de valorar el contexto en el que se produce el comportamiento arriesgado conforme a patrones como el del "valor de la actividad" o similares a los que antes se ha aludido al hablar de algunas propuestas similares en el ámbito del consentimiento justificante<sup>270</sup>. Pues la duda que surge inmediatamente es quién determina esos "valores", preponderantes o no. Ello es especialmente claro en aquellos casos en los que de

---

<sup>268</sup> Así **Helgerth**, NStZ 1988, p. 263.

<sup>269</sup> Cfr. *supra* § 5 I. B.; en este sentido, es significativo que **Göbel** (*Einwilligung*, p. 45, nota 103), al defender una posición similar a la de **Dölling**, cite la resolución del BGH en el caso de la competición de motocicletas como "materialmente" coincidente con su postura.

<sup>270</sup> En este sentido, la solución propuesta por **Dölling** para el caso del barquero -que no puede evitar parecer arbitraria- ha merecido críticas incluso por parte de autores que defienden una solución de ponderación más aséptica, como es el caso de **Weber** (cfr. FS Baumann, p. 51).



modo muy evidente no existe (aún) un consenso social acerca de cómo debe valorarse una determinada actividad<sup>271</sup>. Pero -y esto parece más importante- esta aproximación tampoco ofrece una explicación de cuál es la razón por la que deba entrar tal valoración fáctico-social -aunque fuera unánime- de modo tan directo en la imputación jurídico-penal<sup>272</sup>.

## **B. Otras manifestaciones de la idea de la aceptación de la víctima**

### **1. El conocimiento del riesgo por parte de la víctima en distintas construcciones dogmáticas**

Pero, como se ha dicho, la idea material que subyace al consentimiento no sólo aparece en aquellas elaboraciones teóricas que desde una u otra perspectiva sistemática utilizan expresamente el concepto del consentimiento. De hecho, el requisito planteado en el marco de posturas muy variadas en el sentido de que es presupuesto de las respectivas construcciones exoneratorias que la víctima "conozca" o "abarque" la situación de peligro y/o las posibles consecuencias

---

<sup>271</sup> Como señala acertadamente **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 235.

<sup>272</sup> Con razón dice **Roxin** al referirse a la propuesta de **Dölling** (AT I<sup>2</sup>, 11/102) que se trata de un punto de vista "moralizante"; en sentido similar también **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 134 y s., muy crítica -con razón, desde el punto de vista aquí sostenido- con la propuesta de **Helgerth** para la problemática del SIDA, *eadem*, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 137, nota 146; cfr. también en contra de la posición del consentimiento cualificado **Schünemann**, en: **Szwarc** (ed.), *Aids und Strafrecht*, p. 13, nota 11.

de éste para que pueda hablarse de un comportamiento "auto-responsable" por su parte, no es más que la formulación del requisito de una especie de consentimiento tácito/concluyente en el riesgo. En este sentido puede decirse que lo que se produce es -sin abandonar la idea de que no puede haber exoneración del autor sin al menos conocimiento fáctico de la víctima- una atenuación de la intensidad de la relación psíquica de la víctima con el suceso que se establece como requisito, dicho de otro modo, una "espiritualización" del consentimiento.

Valgan de ejemplo las consideraciones de Otto al respecto, quien precisamente -por otro lado- ha destacado por ser uno de los autores que mayor relevancia están dispuestos a otorgar a la conducta de la víctima para exonerar al autor<sup>273</sup>:

"Sólo podrá hablarse de una puesta en peligro autoresponsable cuando el afectado haya actuado libre y responsablemente en sentido jurídico, y conociendo el alcance de su decisión así como las posibles consecuencias de su comportamiento."<sup>274</sup>

---

<sup>273</sup> Catalogada por él como "problema de imputación"; vid. sobre todo *infra* § 6 II. C. 3.

<sup>274</sup> Otto, FS Tröndle, pp. 172, 174; en el mismo sentido, ya *idem*, JuS 1974, p. 710; *idem*, Jura 1984, p. 540. Otto, sin embargo, se había pronunciado con anterioridad en contra de la necesidad de que la víctima "valore acertadamente el peligro", invocando la "libre decisión" de quien se pone en peligro (cfr. Otto, FS Maurach, pp. 99 y s.).

Y en sentido muy similar se plantea esta misma idea, la de la necesidad de que la víctima conozca de hecho las circunstancias de la génesis y el alcance del riesgo -si bien no estima necesario, a diferencia de lo que ocurre en el consentimiento en sentido estricto, un acto expreso de aceptación de la acción arriesgada y de las posibles consecuencias- en muchas concepciones divergentes entre sí: así lo hacen los representantes de la postura según la cual en el ámbito de la "participación en una autopuesta en peligro" y en algunos casos de "heteropuesta en peligro consentida", el comportamiento del autor no queda comprendido dentro del "fin de protección de la norma" o del "alcance del tipo"<sup>275</sup>, en otras posiciones derivadas de distintos principios de autoresponsabilidad<sup>276</sup>, en algunas aproximaciones realizadas

---

<sup>275</sup> Sobre la diferenciación entre "autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro", cfr. *infra* § 6. Para este sector doctrinal, la idea de los conocimientos de la víctima se resume en la fórmula según la cual los "conocimientos superiores" de las circunstancias del autor dan lugar a su responsabilidad; en este sentido, cfr., por ejemplo, **Roxin**, defensor más destacado de esta diferenciación: FS Gallas, p. 252; *idem*, NStZ 1984, pp. 411 y s.; *idem*, AT I<sup>2</sup>, 11/100; *idem*, Chengchi Law Review 50 (1994), p. 233; cfr. también desde esta misma perspectiva **Rudolphi**, JuS 1969, p. 557; **Schünemann**, JA 1975, p. 723 (antes de que esta autor iniciase su "giro victimológico" que le llevaría a desarrollar postulados "victimodogmáticos", cfr. *infra* § 7), y la STS 20.2.1993 (RA 1383; caso de la entrega de heroína; cfr. el supuesto de hecho *supra* § 1 II. A. 3.), que asumiendo la construcción de la autopuesta en peligro, también se suma a la exigencia del requisito del conocimiento del riesgo: "...la tesis de la .. 'autopuesta en peligro' no puede ser aplicada para excluir la imputación objetiva y sus consecuencias en casos, como el presente, en los que la víctima no es consciente del peligro extraordinario asumido". Cfr. la discusión de esta postura también *infra* § 10 II. B.

<sup>276</sup> Cfr. , por ejemplo, las aproximaciones de *S/S<sup>24</sup>-Cramer*, § 15 n.m. 156; **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 101 y ss., especialmente pp. 103 y s. (sobre la postura de **Walther** en este punto cfr. *infra* § 5 II. C. 1. c); **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, pp. 33 y ss., especialmente p. 62.

en el marco de la así llamada "victimodogmática"<sup>277</sup>, etc. Todas estas posturas exigen en alguna medida un cierto grado de "aceptación" consciente por parte de la víctima de la situación de riesgo para que se pueda llegar a producir, a través de las respectivas construcciones dogmáticas, una exoneración del autor. Estos autores, si bien rechazan el consentimiento "tradicional" como solución a los supuestos de actividades arriesgadas conjuntas, integran dentro de sus propuestas dogmáticas una especie de "consentimiento menor", que tiene como denominador mínimo común que la víctima conociese el alcance del riesgo al que se exponía.

## 2. Consentimiento "no final"

También se avanza en la mencionada "espiritualización" de los requisitos del consentimiento con posturas que han redefinido el consentimiento mismo, introduciendo diferenciación

---

<sup>277</sup> Cfr. a este respecto, por ejemplo, en este sentido la postura de **Schünemann**, NStZ 1986, p. 442; **idem**, en: **Busch/Heckmann/Marks** (ed.), *HIV/AIDS und Straffälligkeit*, pp. 113, 124 y s.; **R. Hassemer**, *Schutzbedürftigkeit*, pp. 87, 93 y s., 98; **Fiedler**, *Fremdgefährdung*, pp. 183 y ss. Cfr. también, desde una perspectiva distinta, la formulación de **Silva Sánchez** (en: CGPJ [ed.], *Victimología*, pp. 30 y s.), quien después de plantear de modo general como contenido de las medidas de autoprotección a tener en cuenta en la interpretación de los tipos "que no se realicen actos dolosos o imprudentes que directa o indirectamente puedan redundar en una lesión de los propios bienes jurídicos por terceros.", continúa su reflexión precisando: "Esto es, que no se favorezca **conscientemente** la puesta en peligro ni se intensifique **conscientemente** el grado del mismo.. " (sin subrayado en el original), sin que haya quedado claro, por lo demás, cómo ha de entenderse la expresión "esto es": por qué el comportamiento de la víctima ha de ser necesariamente "consciente" (sobre las posturas victimodogmáticas cfr. *infra* § 7).

nes que van más allá incluso que la de consentimiento en el resultado consentimiento en el riesgo<sup>278</sup>. Especialmente según **Jakobs**, en el ámbito que nos interesa, existe -aparte del consentimiento "habitual"- un consentimiento "no final"<sup>279</sup> o "mediato"<sup>280</sup>: el sujeto lesionado no desea la lesión, pero sí un contacto social que comporta determinadas consecuencias, conociendo esto el sujeto que consiente<sup>281</sup>. Por ello, según **Jakobs**, se le "vincula a su comportamiento", esto es, debe soportar los costes del contacto social asumido. Aunque se mantiene la terminología del "consentimiento", esta postura va más allá en el camino de la difuminación de requisitos subjetivos que las exigencias que habitualmente se plantean respecto del conocimiento del riesgo por parte de la víctima antes expuestas.

Pues, en efecto, para **Jakobs** no es necesario ni que haya un acto de consentimiento respecto del resultado o del riesgo, ni siquiera que se conozca por parte de la víctima el ries-

---

<sup>278</sup> En esta línea parece estar la propuesta de **Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan**, *Victimología*, pp. 22 y s., 31 y s., al hablar de la "asunción de riesgo", idea a la que sitúan en la "órbita del consentimiento" (op. cit., p. 31), si bien parecen limitar su propuesta a determinados casos de cuasi-provocación del delito por la víctima, en especial a los supuestos de hurto en establecimientos de autoservicio.

<sup>279</sup> En la segunda edición de su tratado sobre la Parte General, AT<sup>2</sup>, 7/126.

<sup>280</sup> Terminología utilizada en la primera edición de su tratado, **Jakobs**, AT<sup>1</sup>, 7/126.

<sup>281</sup> Cfr. la exposición de **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/109 (respecto de esta construcción en el marco del "acuerdo" [Einverständnis]); 7/127 y s. (respecto del consentimiento en sentido estricto).

go: basta con que se conozca el contacto social entablado y su potencial lesivo. Pero entonces, la cuestión que se plantea es si merece la pena seguir denominando a esa construcción, con sus distintos niveles, "consentimiento"<sup>282</sup>. Lo cierto es que la compleja construcción de **Jakobs** en este punto no justifica materialmente la creación de las distintas instituciones dogmáticas que propone, de modo que se puede considerar que su aportación supone un último intento de adecuar la idea de consentimiento a una realidad -en los grupos de casos que aquí interesan- que se resiste a ser abarcada por esa idea<sup>283</sup>.

---

<sup>282</sup> En sentido similar, **Fiedler** (*Fremdgefährdung*, p. 100) destaca con razón que la terminología de **Jakobs** puede dar lugar a malentendidos; también en esta línea **Paredes Castañón** (ADPCP 1990, p. 653, nota 60) afirma acertadamente que la construcción de **Jakobs** se "aproxima ya mucho a la idea -más objetiva- de riesgo permitido"

<sup>283</sup> Puede pensarse que dentro de la evolución del tratamiento del problema por parte de **Jakobs**, la posición expuesta no pasa de ser un mero estadio intermedio. En efecto, no resulta muy claro por qué razón **Jakobs** mantiene la autonomía de "consentimiento" y "acuerdo", respectivamente, tanto "final" como "no final" -que, además, pueden operar como elemento de exclusión del tipo o como causa de justificación-, si en la misma obra (*AT*<sup>2</sup>, 7/129) esboza un planteamiento (llamado, tomando una expresión de la terminología jurídico-civil alemana, "actuar a riesgo propio" [*Handeln auf eigene Gefahr*]) de solución para el problema, como parte de la imputación objetiva, que parece estar basado en la cognoscibilidad, del mismo modo que el consentimiento "no final". En este sentido, tiene razón **Göbel** (*Einwilligung*, p. 28, nota 40; cfr. también p. 72) al decir que **Jakobs** mantiene tan sólo "verbalmente" la construcción del consentimiento. También llama la atención sobre la ambigüedad de la postura de **Jakobs** acertadamente **Zaczyk** (*Selbstverantwortung*, p. 62, nota 208), si bien desde otra perspectiva: criticando precisamente la vertiente "objetivante" de la construcción de **Jakobs**. De hecho, parece que el pensamiento de **Jakobs** va en la dirección de unificar ambas figuras (cfr. últimamente, *La imputación objetiva*, pp. 109 y ss.; *idem*, "La imputación objetiva", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*, V.) bajo la terminología de la "competencia de la víctima", con tendencia hacia lo objetivo. En todo caso, dada la brevedad de la exposición de **Jakobs** en el último lugar citado, se trata de una cuestión abierta; en especial, llama la atención que en este último trabajo parece englobar en la "com-  
(continúa...)

## C. Problemas de la perspectiva subjetiva

### 1. Dificultades de aplicación

Una reflexión sobre la adecuación de la institución del consentimiento -y, en general, de una aproximación exclusivamente diseñada desde la perspectiva subjetiva-interna de la víctima- para resolver los supuestos de actividades arriesgadas conjuntas conduce, desde el punto de vista aquí adoptado- rápidamente a la conclusión de que el consentimiento tropieza con numerosos obstáculos:

#### a) Consentimiento

En primer lugar, salta a la vista que el consentimiento "tradicional", pensado para supuestos de comportamientos de lesión, no coincide en absoluto con las características de los supuestos que aquí interesan. Pues, como es evidente, los casos que son relevantes en este ámbito se caracterizan por que el resultado no es deseado, sino que se produce como

---

<sup>283</sup>(...continuación)  
petencia de la víctima" los supuestos de aplicación de la regla *casus sentit dominus* (cfr. *La imputación objetiva*, pp. 91 y ss., 101 y ss.), lo que parece incompatible con la integración de la categoría en una teoría de la imputación.

consecuencia no deseada de un contacto social<sup>284</sup>. En este sentido -como ya se ha señalado-, y desde la perspectiva del consentimiento, resulta difícil decir que de hecho se produzca consentimiento respecto de la lesión<sup>285</sup>.

En segundo lugar, debido a la existencia de normas que limitan la disposición-lesión de determinados bienes, el consentimiento no podría operar en numerosos supuestos en los que, sin embargo, resultaría frustrante e inadecuado no poder atribuir relevancia dogmática alguna a la conducta de la víctima. Y esto es así aún en mayor medida si se tiene en cuenta, que desde la perspectiva del consentimiento habría que llegar a la conclusión, además, de que cualquier comportamiento que ponga en peligro un bien vedado a la disposición por parte de su titular no puede quedar exonerado en virtud del consentimiento. Dicho con un ejemplo: aunque en el supuesto del disparo de Guillermo Tell éste fallase su objetivo por poco, de tal modo que sólo le produjera a quien lleva la manzana encima de la cabeza una lesión insignifi-

---

<sup>284</sup> Como se ha señalado en múltiples ocasiones; cfr. por todos **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/98; **Mir Puig**, PG<sup>4</sup>, 19/26; **Preuß**, *Untersuchungen*, p. 135; **Kohlhaas**, DAR 1960, p. 349; **Schaffstein**, FS Welzel, p. 565; **Salazar**, Cass.Pen. 1983, pp. 282 y s.; **Donatsch**, ZStrR 105 (1988), pp. 370 y ss.; **Fiedler**, *Fremdgefährdung*, pp. 69 y s.; **Göbel**, *Einwilligung*, p. 25; **Díez Ripollés**, en: *idem* (dir.)/CGPJ (ed.), *Delitos contra la vida e integridad física*, p. 115; **Weber**, FS Baumann, p. 45.

<sup>285</sup> En esta consideración se basa la jurisprudencia italiana mayoritaria para rechazar la posibilidad de aplicar el consentimiento a los delitos imprudentes; cfr. las resoluciones reseñadas en Cass.Pen. 1983, p. 282 y las referencias recogidas por **Licitra**, Cass.Pen. 1985, pp. 513 y ss. Cfr. además *infra* en el texto.



cante, el comportamiento del tirador no puede quedar exonerado, ya que está claro que conllevaba un riesgo que afectaba a la vida<sup>286</sup>. Esto, en buena lógica, debería conducir a que en determinados ámbitos, en los que no cabe diferenciar ex ante cuáles son los bienes que pueden quedar afectados por el riesgo, no quepa exoneración, por muy bien que conozca la víctima el hecho que va a desarrollarse y por muy reducido que sea el daño finalmente producido<sup>287</sup>.

En este sentido, afirma **Hansen**<sup>288</sup> -cuyo trabajo puede servir de ejemplo de la perspectiva del consentimiento más clásico aplicado a los casos de comportamientos arriesgados- que los casos de conducción bajo los efectos del alcohol prácticamente siempre conllevan un riesgo para la vida, de modo que no puede haber consentimiento válido en ser transportado por un conductor ebrio. Pero aún siendo **Hansen** coherente, en general, con su posición, intenta de todos modos hacer algunas excepciones a su construcción del consentimiento, manteniendo en esos casos la posibilidad de exonerar al autor aún cuando no haya habido consentimiento o, sobre todo, el bien en cuestión no sea disponible. En este sentido, **Hansen** quiere mantener la posibilidad de exonerar al autor tanto en el caso

---

<sup>286</sup> Llega a esta conclusión, coherentemente con su punto de partida, **Hansen**, *Einwilligung*, pp. 116 y ss., 117.

<sup>287</sup> Cfr **Preuß**, *Untersuchungen*, p. 141. En este sentido, afirman **Preuß** (op. cit., p. 151), **Hillenkamp** (JuS 1977, p. 170) y **S/S<sup>24</sup>-Lenckner** (n.m. 104 previo a los §§ 32 y ss.) con razón que en el tráfico rodado, por ejemplo, difícilmente se puede excluir la presencia de un riesgo para la vida una vez que concurre un riesgo (genérico) para la persona.

<sup>288</sup> *Einwilligung*, p. 119.

del barquero<sup>289</sup> como en ciertos supuestos de ejecución conjunta del comportamiento arriesgado (como el de dos montañeros que realizan una escalada conjuntamente)<sup>290</sup>, abriendo esta posibilidad mediante la afirmación de que estos casos no son supuestos "normales", de modo que se podrían solucionar negando la existencia de una infracción del deber objetivo de cuidado. Queda claro que resulta instatisfactorio -como sucede a veces en la doctrina del TS<sup>291</sup>- que se recurra a "saltar" del consentimiento a otro principio de solución, según se pretenda exonerar al autor o no. Y, sobre todo, **Hansen** no logra demostrar cuál es la diferencia existente, por ejemplo, entre el caso del barquero (recuérdese que es éste quien ejecuta exclusivamente la acción arriesgada)<sup>292</sup>, cuya solución (exoneratoria) por el RG aplaude, y los supuestos de pasajeros que suben al vehículo de un conductor ebrio, en los que, como se acaba de reseñar, quiere excluir toda posibilidad de exoneración.

#### b) Consentimiento en el riesgo

Tampoco la solución de atenuar *ad hoc* la institución del consentimiento, a través de un "consentimiento en el riesgo", puede dar lugar a una construcción satisfactoria. Pues la idea de que basta con que la víctima consienta en el rie-

---

<sup>289</sup> RGSt 57, pp. 172 y ss. (cfr. el supuesto de hecho *supra* § 1 II. B. 4.); **Hansen**, *Einwilligung*, pp. 124 y ss.

<sup>290</sup> *Einwilligung*, pp. 127 y s.

<sup>291</sup> Cfr. *supra* § 4 I. B. 1. b).

<sup>292</sup> RGSt 57, pp. 172 y ss. (cfr. el supuesto de hecho *supra* § 1 II. B. 4.)

sgo para exonerar al autor sólo puede implicar la presunción de que la asunción del peligro contiene la del resultado: por ello, se ha convertido en un auténtico lugar común en la doctrina la afirmación de que en realidad se recurre a una ficción de consentimiento, tergiversando así en realidad el contenido de esta institución<sup>293</sup>.

Pues al decirse, como lo hace, por ejemplo, **Portilla Contreras**<sup>294</sup>, que "si bien es cierto que no puede deducirse que en todo consentimiento en una acción de peligro la víctima desee el resultado lesivo, no es menos cierto que en tales casos, si conoce el alcance del peligro y quiere su realización, será responsable de las consecuencias...", no se está indicando cuál es en realidad el motivo por el que ha de ser "responsable" la víctima. Parece claro que no puede serlo la voluntad de ésta, como expresión de su autonomía<sup>295</sup>, ya que se trataría de una especie de ejercicio inconsciente de li-

---

<sup>293</sup> En este sentido, por ejemplo, y entre otros muchos, **AK-Zielinski**, §§ 15, 16 n.m. 127; **NK-Puppe**, n.m. 176 previo a los §§ 13 y ss.; **Kienapfel**, AT<sup>4</sup>, E 1/78 y ss.; **Mittermaier**, JW 1925, p. 2251; **Eb. Schmidt**, JZ 1954, p. 372; en el ámbito de la omisión de socorro, **Rodríguez Mourullo**, *La omisión de socorro*, pp. 246 y s.; **Hansen**, *Einwilligung*, pp. 98 y ss.; **Zipf**, *Einwilligung und Risikoübernahme*, pp. 75 y s.; **P. Frisch**, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 21, 23; **Preuß**, *Untersuchungen*, pp. 139 y ss.; **Hillenkamp**, JuS 1977, p. 171; **Dach**, *Einwilligung*, pp. 15 y s.; **Ensthaller**, *Rechtsgutspreisgabe*, p. 68; **Licitra**, Cass.Pen. 1985, p. 504, 507; **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, p. 316; **Fiedler**, *Fremdgefährdung*, pp. 71 y s.; **Paredes Castañón**, ADPCP 1990, pp. 646 y s.; **Da Costa Andrade**, *Consentimiento e acuerdo*, p. 296; **Göbel**, *Einwilligung*, pp. 26, 72; **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 37 y s.; **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, pp. 49 y s., 51; **Otto**, FS Geerds, p. 621.

<sup>294</sup> CPC 1991, p. 713.

<sup>295</sup> Así también **Preuß**, *Untersuchungen*, pp. 136 y s.

bertad, un ejercicio de autonomía no surgido del ámbito de decisión interno del sujeto, sino en realidad atribuido desde fuera<sup>296</sup>. Que se trata en realidad de una "ficción" de consentimiento queda especialmente claro en las siguientes consideraciones del autor italiano -quien también propone una construcción de "consentimiento en el riesgo" **Riz**:

"Aplicando a la justificación de la conducta peligrosa los principios que se han expuesto en la parte general [sc. en la parte de desarrollo general de la institución del consentimiento en la monografía de **Riz**], hay que partir de que el titular del derecho debe tener en todo caso la voluntad de renunciar a la tutela del bien jurídico protegido por la norma. En concreto, esta voluntad se traduce en afrontar deliberadamente un riesgo evitable de una conducta realizada por el agente..."<sup>297</sup>

A continuación, **Riz** señala que, sin embargo, puede suceder que el sujeto que consiente no desee la conducta del agente (por ejemplo, en un combate de boxeo, puede que el sujeto no desee ser alcanzado por golpes de su contrario) y, desde luego, no deseará la lesión<sup>298</sup>. Pero ¿cuál es la razón por la que puede decirse que la voluntad de renuncia al bien jurídico se "traduce" en la de exponerse al riesgo? Parece claro, sea dicho de nuevo, que se atribuye desde fuera una

---

<sup>296</sup> Así **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 86 y s., nota 257.

<sup>297</sup> *Il consenso dell'avente diritto*, p. 235.

<sup>298</sup> Cfr. *Il consenso dell'avente diritto*, pp. 235 y s.

determinada consecuencia al comportamiento inicial de asumir el riesgo; no se está ya, en realidad, en el ámbito del consentimiento.

### c) Consentimiento atenuado

La misma problemática material -la inadecuación de la exclusiva perspectiva subjetiva de la víctima- aparece en aquellas construcciones que incorporan algún residuo de consentimiento a su solución dogmática. Pues cuando pasan a llevar a cabo un desarrollo más exhaustivo -cosa que no es habitual- que la mera fórmula de que es requisito para una eventual exoneración del autor que la víctima "comprenda" o "abarque" el riesgo en cuestión, se manifiestan las deficiencias ya señaladas respecto del consentimiento. En este sentido, puede ser de interés una consideración algo más detallada de las reflexiones expuestas recientemente por **Walther** -cuya propuesta monográfica está centrada en la determinación de esferas de responsabilidad con ayuda de la teoría de autoría y participación<sup>299</sup>- en relación con la "voluntariedad" del sujeto que resulta lesionado por el comportamiento arriesgado:

---

<sup>299</sup> Cfr. *infra* § 6 II. B. 3.

"Del principio general de autonomía se deduce que la razón de la competencia por consecuencias de un comportamiento está en la autonomía del actuar humano."<sup>300</sup> "Como *quantum* necesario del conocimiento habrá que exigir que el titular del bien jurídico conozca las **circunstancias de hecho generadoras del riesgo**. [...] Si los requisitos de los presupuestos de un comportamiento arriesgado autodeterminado se colocaran a un nivel inferior..., en última instancia ya no se estaría vinculando la competencia [de la víctima] a la autodeterminación..."<sup>301</sup>

Parece claro que **Walther**, partiendo de una visión subjetivista del principio de autoresponsabilidad, considera que el carácter de "autoresponsable" sólo es predicable de una acción de la víctima en la que exista conciencia fáctica del riesgo asumido. Para apoyar esta tesis, cita, entre otros, el ejemplo de un sujeto (A) que cede a otro (B) su automóvil, no habiéndose percatado A -imprudentemente- de un defecto en los frenos del vehículo, defecto que tampoco B igualmente, de manera imprudente- advierte, produciéndose por esta razón un accidente y la muerte de B. En opinión de **Walther**, en este caso no puede afirmarse que exista una responsabilidad de B por su propia muerte, ya que no conocía los elementos generadores de riesgo. Aún así, propone que se tenga en cuenta la "culpa" concurrente en B en el nivel de

---

<sup>300</sup> **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 101.

<sup>301</sup> **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 103 (subrayado en el original).

medición de la pena<sup>302</sup>. Sin embargo, en el momento de concretar cómo ha de determinarse la concurrencia de ese "conocimiento de las circunstancias generadoras del riesgo", **Walther** afirma lo siguiente:

"Para ello [scil., para constatar el conocimiento] no deberá tomarse como elemento decisivo un conocimiento exacto y actual del riesgo, sino que podrá considerarse suficiente un 'conocimiento acompañante' o una 'coconsciencia material' más o menos claro. Por ello, se deberá considerar que concurre conciencia del riesgo cuando alguien realice una acción típicamente generadora de riesgo conforme a la experiencia general de la vida."<sup>303</sup>

Resulta evidente que después de la afirmación de la necesidad del requisito subjetivo, éste se relativiza hasta un punto en el que puede decirse que se le "atribuye" desde fuera a la víctima el conocimiento que se ha establecido como relevante, en vez de exigir una concurrencia fáctica real del conocimiento. Y también parece claro que en el ejemplo aducido por **Walther** el aspecto decisivo estará en la definición objetiva de la situación de riesgo: cuando se recibe en préstamo un vehículo, puede sostenerse sin dificultad alguna que de no existir una advertencia en sentido contrario por parte del propietario, se trata de un vehículo cuyos elementos esenciales se encuentran en un estado de

---

<sup>302</sup> **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 104; cfr. también p. 105.

<sup>303</sup> *Eigenverantwortlichkeit*, p. 103.

funcionamiento correcto. No puede haber, entonces, "imprudencia" por parte de la víctima, si ésta podía confiar en un funcionamiento correcto de los frenos. Con independencia de la solución concreta del caso (para la que sería probablemente de gran relevancia el hecho de hasta qué punto era cognoscible el defecto), parece entonces que la situación no puede depender únicamente de la percepción subjetiva del riesgo por parte de la víctima, sino que como paso previo habrá que atender a la configuración objetiva del contacto. Y en el fondo, las matizaciones que **Walther** hace a la hora de concretar el criterio del conocimiento del riesgo indican que materialmente es ésta la solución que ella propone.

Es cierto, por lo tanto -y ello con independencia de que la solución de hacer responsable a la víctima sea acertada desde el punto de vista material en el caso concreto- que se trata de una "ficción" de consentimiento.

En el fondo, como se ha indicado antes<sup>304</sup>, parece que lo que se pretende abarcar a través del diagnóstico psíquico de la víctima (que se presupone como "normal" = cuasi-imprudencia) es en realidad una configuración distinta del comportamiento: en este caso no se trata de una disposición sobre el

---

<sup>304</sup> Cfr. *supra* § 5 I. y § 2 II.



bien (lesión), sino de un riesgo no equivalente a lesión que se asume conscientemente<sup>305</sup>.

Los límites establecidos a la disposición sobre determinados bienes (tabuización de ciertos bienes, ponderación, exigencia de consentimiento) no deben ser simplemente ampliados a este otro ámbito: se trata de comportamientos cualitativamente distintos; sintéticamente, no se trata de la lesión de los bienes, sino de su puesta en peligro: se trata de comportamientos con un contenido expresivo distinto. Sólo cuando la configuración del comportamiento se corresponda con la que está sometida a limitaciones (suicidio, mutilación, por ejemplo), habrán de aplicarse -y ello en los casos en los que el Derecho exija consentimiento para excluir la pena- los criterios del consentimiento<sup>306</sup>.

---

<sup>305</sup> Así lo señala **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/128.

<sup>306</sup> Cfr. también supra § 2 II. En sentido similar **Donatsch**, ZStrR 105 (1988), p. 370; también -dirigiendo su crítica contra la solución, propuesta por **Dölling**, del consentimiento "cualificado" tras ponderación-. **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, pp. 26 y s., nota 109 *in fine*; aún partiendo de una perspectiva subjetivista (cfr. *infra* § 8 II. A.), **Zaczyk** subraya la existencia de una diferencia cualitativa entre los dos ámbitos y llega a afirmar que por ello el concepto de consentimiento "está completamente fuera de lugar" (*Selbstverantwortung*, p. 51; aprueba esta afirmación **Neumann**, GA 1996, p. 38). Precisamente desde la perspectiva de la teoría del consentimiento, **Da Costa Andrade** (*Consentimiento e acuerdo*, pp. 295 y ss.) y **Göbel** (*Einwilligung*, pp. 26 y ss.) sostienen que deben separarse ambos ámbitos (en la terminología de **Da Costa Andrade**, quien sigue a **Roxin** en este punto, la heteropuesta en peligro consentida [cfr. *infra* § 6] y el consentimiento), entre otras razones, porque una mistificación conllevaría una desnaturalización de la teoría del consentimiento. Esto es precisamente lo que aparentemente sucede, por un lado, en la aproximación propuesta por **De la Gándara Vallejo** (*Consentimiento*, pp. 133 y ss., 161 y ss., 175 y s.), quien propone incluir dentro del ámbito del consentimiento los supuestos que aquí interesan: se produce una ampliación de lo que se considera "dolo" (consentimiento) de la víctima (cfr. *op. cit.*, p. 175) sin aparente justificación. Por otro lado se rechazan de modo apodíctico (una vez que se parte del consentimiento como única perspectiva posible) algunas otras construcciones dogmáticas distintas del consentimiento y de carácter (continúa...)

En el fondo, al ampliar el ámbito de una posible exoneración, se está partiendo de que tal riesgo pesa menos que la lesión segura; a pesar de ello, se quiere sustraer la decisión al titular del bien, aunque se aflojen algo las ligaduras.

Sin embargo, estas modalidades atenuadas de consentimiento, como la idea del consentimiento en el riesgo, fracasan en su intento de solucionar los supuestos en cuestión, y ello no sólo por las razones antes indicadas, sino porque no logran alcanzar su objetivo, el de mantener cierto ámbito de aplicación para la institución del consentimiento.

En este sentido, debe señalarse que en muchos supuestos de actividades arriesgadas conjuntas, no está determinado ex ante de modo claro cuál va a ser el desarrollo del comportamiento generador de riesgo. Al exigir el consentimiento como presupuesto que aquel se produzca antes de la acción lesiva, queda vedado un amplio sector de supuestos para la aplicación de esta institución<sup>306</sup>. Además, los requisitos de conocimiento del riesgo y voluntad de asumirlo -que tienen, obviamente, su sentido en el consentimiento "clásico" en la

---

<sup>306</sup>(...continuación)

objetivo (cfr. op. cit., pp. 140 y ss., 161 y ss., 175 y s.). En todo caso, la aproximación de **De la Gándara** a la cuestión no confronta su propuesta con las constelaciones de casos clásicas en la materia.

<sup>307</sup> Esto lo señalan, por ejemplo, **Donatsch**, ZStrR 105 (1988), p. 371; **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 87.

lesión-, si se tomaran en serio en los casos que aquí interesan, convertirían los casos en cuestión en un verdadero pozo de incertidumbre para quien interviene junto a la víctima en la actividad.

En este sentido, la propuesta de **W. Frisch**<sup>308</sup> de construir una "concepción de los presupuestos del consentimiento delineada desde la perspectiva del autor"<sup>309</sup>, que parece responder a la preocupación antes aludida, probablemente (ya que **Frisch** se limita a esbozar la idea) acabaría en una determinación objetiva de cómo se presenta la situación de conocimientos de la víctima para el autor, es decir, en un plano objetivo<sup>310</sup>. Queda entonces la duda -al igual que cabe decir respecto del planteamiento de **Jakobs** de los distintos niveles de consentimiento<sup>311</sup>- de si esa construcción merece la denominación de "consentimiento".

En efecto, si se tiene en cuenta que desde la perspectiva del consentimiento no puede existir una especie de "obliga-

---

<sup>308</sup> Quien sostiene, como ya se ha señalado, (modificando en este punto la concepción desarrollada en una monografía anterior [*Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 148 y ss.], en la que proponía resolver los casos de intervención de la víctima a través de la doctrina del comportamiento típico [cfr. *supra* § 3 II. B. 1. e *infra* § 8 II. B. 1.]) la aplicación del "consentimiento en el riesgo" para los supuestos de actuación posterior del autor (cfr. **W. Frisch**, *JuS* 1990, pp. 369 y s.; *idem*, *NStZ* 1992, pp. 66 y s., *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 143 y s.).

<sup>309</sup> *NStZ* 1992, p. 67 y nota 108; cfr. ya antes las reflexiones de **Frisch** sobre este problema. *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 160 y ss.; en el presente estudio, *infra* § 10 II. B.

<sup>310</sup> Plano que **Frisch** mismo sigue adoptando respecto del resto de los supuestos [actuación anterior del autor o actuación conjunta]; cfr. *NStZ* 1992, pp. 1 y ss., 62 y ss.

<sup>311</sup> Cfr. *supra* § 5 II. B. 2.

ción de conocer el riesgo"<sup>312</sup>, toda la valoración jurídico-penal se haría depender de lo que suceda en la cabeza de la víctima, sin ninguna referencia a la configuración fáctica de la situación (y con ello, a cómo se presenta ésta desde la perspectiva del autor)<sup>313</sup>. De hecho, esta dependencia de la solución del "elemento intelectual" de la víctima lleva a curiosas discusiones acerca de qué es aquello en lo que se consiente en determinados grupos de casos.

En este sentido, puede servir de ejemplo la discusión planteada dentro de la doctrina del consentimiento respecto de las actividades deportivas (regulares)<sup>314</sup>: algunos autores plantean, por ejemplo, que se produce un consentimiento respecto del riesgo de lesiones producidas por infracciones leves de las reglas del juego, mientras que otros afirman que el consentimiento se refiere exclusivamente a la práctica del deporte en cuestión dentro del marco de las reglas

---

<sup>312</sup> Así lo señala expresamente **Hansen**, *Einwilligung*, pp. 77 y s.

<sup>313</sup> En este sentido, el carácter unilateral de esta perspectiva queda claro en las palabras de **Baumann/Weber/Mitsch** (AT<sup>10</sup>, 17/101). quienes después de afirmar que cabe la posibilidad de un consentimiento que justifique homicidios imprudentes -desde la perspectiva del consentimiento en el riesgo- dicen: "Sin embargo, en los casos en los que la actividad produzca la muerte deberá examinarse con especial cuidado si la víctima no ha infravalorado el riesgo. Pues en ese caso concurriría un error que tiene como consecuencia la invalidez del consentimiento". Cfr. también en este sentido, por todos, *S/S<sup>24</sup>-Lenckner*, n.m. 105 previo a los §§ 32 y ss.

<sup>314</sup> Es decir, verdaderos deportes reconocidos y no actividades cuasideportivas como una carrera irregular de moticicletas (vid. los supuestos recogidos *supra* § 1 II. B. 6. y 7.).

existentes<sup>315</sup>. No puede evitarse la impresión de que se trata de afirmaciones arbitrarias<sup>316</sup> acerca de lo que quiere o no quiere el deportista en cuestión, consideraciones que no logran ocultar que en el fondo el debate nada tiene que ver con que se produzca consentimiento o no, sino que se refiere a qué es lo que objetivamente debe asumir, con independencia de su actitud interna, el participante<sup>317</sup>.

En suma, parece que los intentos de encontrar la solución al problema con ayuda del consentimiento acaban en malabarismos realizados en el intento de adaptar el consentimiento a una problemática para la que no está diseñado. Por ello, la doctrina más moderna opta, con razón, por otras vías de construcción dogmática<sup>318</sup>.

---

<sup>315</sup> Hansen, *Einwilligung*, pp. 81 y ss.

<sup>316</sup> Con independencia de que la segunda de las posturas enunciadas parezca bastante ajena a la realidad: ¿puede imaginarse un partido de baloncesto normal sin faltas? En este sentido -a favor de no fijarse de modo estático en las reglas deportivas (que, por lo demás, no están en su totalidad dirigidas a garantizar niveles de seguridad, sino dedicadas a propósitos relacionados con la dinámica del juego)-, proponiendo una orientación sobre la base de aquellas infracciones que son aceptadas de modo general porque son inevitables para el ejercicio de la actividad deportiva en cuestión, por ejemplo, ya Zipf, *Einwilligung und Risikoübernahme*, pp. 94 y ss.; Burgstaller, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 53 y s.

<sup>317</sup> Cfr. en este sentido sólo Maurach/Zipf, *AT*<sup>7</sup>, § 17 II 2; le sigue Mir Puig, *PG*<sup>4</sup>, 19/47, nota 37; Paredes Castañón, *ADPCP* 1990, pp. 633 y ss., 646 y s., con referencias a estudios específicos sobre la cuestión deportiva.

<sup>318</sup> Cfr. *infra* §§ 6, 7 y las referencias en § 9 II. B. 1.

## 2. Insuficiencia normativa de la perspectiva subjetiva de la víctima

Sin embargo, las objeciones antes señaladas no son más que síntomas de que al proponer una solución de los casos conflictivos a través del consentimiento se está intentando hacer cuadrar al problema una pieza diseñada para otro ámbito distinto. Lo que sucede es que -y esto afecta a todas las construcciones que incorporan algún tipo de rudimento de consentimiento o de consentimiento atenuado a su concepción como elemento fundamentador- el diagnóstico psíquico no puede ser el punto decisivo: este punto de partida sólo describe un sector parcial del espectro de las consecuencias del comportamiento del sujeto lesionado en la imputación jurídico-penal. Por el contrario -como se expondrá más adelante<sup>319</sup>-, hay que partir de que se trata de imputar también al sujeto lesionado en cuanto sujeto que participa en la interacción generadora del daño en sus bienes. La imputación jurídico-penal, sin embargo -como parece evidente-, no se produce exclusivamente desde su perspectiva (consciente). Dicho de otro modo: no sólo la voluntad de que se produzca un determinado resultado es *per se* irrelevante en la adscripción a los distintos ámbitos de responsabilidad, sino que también lo es el conocimiento del peligro. La situación en lo que se refiere a los conocimientos de los distintos intervinientes no puede adquirir relevancia sin una determi-

---

<sup>319</sup> Cfr. *infra* §§ 8, 9.

nación previa de la configuración del comportamiento conjunto. En este sentido, un planteamiento adecuado de la cuestión debe partir, desde la perspectiva aquí defendida -por ejemplo, en el caso de que alguien sube al vehículo de un amigo que se encuentra visiblemente embriagado para que éste le lleve a casa-, de si era asunto, responsabilidad del pasajero percibir la embriaguez o no, y no presumir que se ha asumido la posible producción del resultado o hacer depender la imputación sólo de que de hecho el sujeto hubiese reconocido el peligro. En esta determinación de ámbitos de responsabilidad, puede perfectamente llegarse a la conclusión de que existen en un determinado supuesto o ámbito de relación amplios deberes de información para el autor, es decir, que la responsabilidad de éste por las posibles lesiones de la víctima (aunque ésta haya participado en su génesis) abarca una gran gama de riesgos. Pero esto derivará en su caso de la determinación del ámbito de responsabilidad del autor, y no de lo que la víctima sepa o no sepa, desee o no desee fácticamente<sup>320</sup>. Lo cierto es que "...en lo que concierne al lado de la víctima, centrar exclusivamente la atención respecto del hecho psíquico del consentimiento demuestra ser

---

<sup>320</sup> En sentido similar, al menos respecto de algunos supuestos, es fundamental la exposición de **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/129 y **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 182 y s., 219 y ss.; cfr. también **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 86 y ss.; **Reyes Alvarado**, *Imputación objetiva*, pp. 167 y s.; respecto de los supuestos de contagio con SIDA, vid. también **Bruns**, NJW 1987, p. 2282; **Herzog/Nestler-Tremel**, StV 1987, p. 369; desde una perspectiva notablemente divergente de la aquí adoptada, cfr. también antes **P. Frisch**, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 116 y ss., 122 y ss.; **Maurach/Gössel/Zipf**, AT 2, pp. 121 y s.

tan insuficiente como, de forma análoga, en el lado del autor fijarse únicamente en el dolo"<sup>321</sup>. Incluso puede haber casos en los que ni siquiera concorra voluntad de participar en el contacto social, en los que el sujeto que resultará dañado entra en él por actos concluyentes (cabe pensar en supuestos en los que el sujeto entra de modo imputable en un ámbito de riesgo), y a pesar de estar "en blanco" su representación, debe atribuirse a sí mismo el daño.

Ejemplo: un dominguero despreocupado que da un paseo por el bosque con su bicicleta de montaña entra en el trazado (debidamente señalizado) de una carrera de bicicross y resulta lesionado con ocasión de un adelantamiento arriesgado (adecuado a las reglas de este tipo de competiciones) realizado por un participante en la carrera. La lesión ha de adscribirse, esto parece claro ya a nivel intuitivo, a su falta de cuidado, y, sin embargo, ni siquiera fue consciente de estar realizando el comportamiento arriesgado, y mucho menos pudo "consentir" en un resultado que ni siquiera sospechaba que pudiese acaecer.

Por ello, la discusión acerca del objeto del consentimiento, es decir, la perspectiva psicológica unilateral de la víctima, no acierta a identificar el problema que ha de resolverse en este ámbito.

---

<sup>321</sup> **Jakobs**, *La imputación objetiva*, p. 112. Cfr. la aproximación aquí propuesta para los casos de divergencia de conocimientos entre autor y víctima *infra* § 10 II. B.



Como se intentará fundamentar más adelante<sup>322</sup>, en un primer escalón sistemático no se trata de la representación de la voluntad de disponer del bien, sino de modo más general de la imputación del comportamiento del sujeto lesionado a sí mismo y de la modificación específica que de ello deriva en la configuración los ámbitos de responsabilidad de los demás intervinientes, y esta configuración es previa a una eventual modificación a través de la voluntad, a una disposición (consentimiento)<sup>323</sup>. Una solución general adecuada a la problemática (y autónoma, desvinculada del consentimiento), por tanto, sólo podrá fundamentarse si se parte de la base de la atribución, independiente en principio de la actitud interna, de ámbitos de responsabilidad.

Desde esta perspectiva, tampoco parece adecuado subdividir el material de casos en atención a que la puesta en peligro se produzca por parte de la víctima de modo consciente o inconsciente, como ha propuesto **W. Frisch** para determinar -desde la perspectiva de su doctrina del "comportamiento típico"<sup>324</sup>- si la conducta del autor es (objetiva-

---

<sup>322</sup> Cfr. *infra* §§ 9 y s.

<sup>323</sup> En este sentido también **Otto** (FS Geerds, p. 621): "El "consentimiento" en la la puesta en peligro de uno mismo no significa automáticamente la renuncia a la protección del Derecho. **Aquí, por el contrario, lo que se plantea son problemas generales de imputación...**" (sin subrayado en el original)

<sup>324</sup> Sobre los rasgos esenciales de la teoría general de la conducta típica desarrollada por **Frisch**, cfr. *supra* § 3 II. B. 1.; en cuanto a su base normativa en el ámbito de la intervención de la víctima, cfr. *infra* § 8 II. B. 1.

mente) típica o no<sup>325</sup>. Para **Frisch**, la razón fundamental para este tratamiento separado estriba en que los supuestos de intervención inconsciente de la víctima plantean un problema "adicional" frente a los de actuación consciente: el problema de a quien compete el error de la víctima<sup>326</sup>. Sin embargo, la problemática de la delimitación de ámbitos de responsabilidad también se presenta en los supuestos de intervención consciente de la víctima, como demuestran los supuestos de imputación al autor por falta de responsabilidad de la víctima<sup>327</sup>. En ese sentido, no se trata de un problema "adicional", sino que es "el" problema para todas las constelaciones, con independencia de la actitud subjetiva de la víctima.

Las fricciones que conlleva la aproximación basada en el consentimiento clásico han conducido a que numerosos autores -partiendo de puntos de vista distintos- hayan rechazado en los últimos tiempos la idea de consentimiento como criterio rector en este ámbito y propuesto abordar la problemática en

---

<sup>325</sup> Cfr. **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 153 y s., 154 y ss., 180 y ss.; especialmente en contra de recurrir a la teoría del consentimiento en pp. 222 y ss., al considerar -especialmente en los supuestos de desnivel de conocimientos (cfr. aquí *infra* § 10 II. B.) no permite tener en cuenta el dato normativo del ámbito de responsabilidad de la víctima.

Posteriormente, parece que **Frisch** ha optado por reconsiderar su postura inicial -con mayor tendencia a lo objetivo- desarrollada en la monografía acabada de citar y ha sostenido -como ya se ha señalado- que determinados casos (aquellos en los que el comportamiento de la víctima es posterior al del autor) pertenecen al ámbito del consentimiento y no al de la teoría del tipo objetivo (*idem*, *NStZ* 1992, pp. 66 y s.; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 142 y ss.).

<sup>326</sup> *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 153, 181, nota 100.

<sup>327</sup> Cfr. *infra* § 10 II. A.

alguna medida desde una perspectiva más objetiva<sup>328</sup>. Puede decirse que existe una tendencia clara a desarrollar criterios distintos del consentimiento.

### 3. Excurso: consentimiento y ámbitos de responsabilidad

La relación entre la atribución de responsabilidad derivada de la renuncia de la víctima al bien (= consentimiento) y una posible institución dogmática general de responsabilidad de la víctima -aún por desarrollar- será, desde la perspectiva aquí adoptada, inversa a la que suele ser habitual: partiendo del principio de "autoorganización" y "autoresponsabilidad" de la víctima, el consentimiento no es más que una especificación del ámbito de responsabilidad preferente de la víctima<sup>329</sup>, una subinstitución<sup>330</sup>. Dicho de otro modo,

---

<sup>328</sup> Como es el caso, por ejemplo, de las concepciones de la "auto-puesta en peligro" (encabezada por **Roxin**, cfr. *infra* § 6, dentro de la teoría de la imputación objetiva por él desarrollada, cfr. *supra* 3 II. A.), de la victimodogmática (desarrollada sobre todo por **Schünemann**, cfr. *infra* § 7), o de las propuestas realizadas por **Otto** ("problema de imputación"; cfr. sólo FS Tröndle, pp. 157 y ss.), **W. Frisch** ("comportamiento típico", cfr. sólo NStZ 1992, pp. 1 y ss., 62 y ss. y *supra* § 3 II. B. 1., *infra* § 8 II. B. 1.), **Jakobs** ("actuar a riesgo propio", cfr. sólo AT<sup>2</sup>, 7/129; *idem*, *La imputación objetiva*, pp. 109 y ss., cfr. sobre el contexto general de la teoría del tipo de **Jakobs** *supra* § 3 II. B. 2.) o el esbozo de **Puppe** (NK, n.m. 175 y ss. previos al § 13: "competencia preferente del titular del bien jurídico"). En el presente estudio, vid. *infra* §§ 9 y 10.

<sup>329</sup> Cfr. *infra* § 8 II. C.

<sup>330</sup> En este sentido, cfr. sobre todo las posiciones desarrolladas por **Jakobs** (cfr. sólo AT<sup>2</sup>, 7/129 *in fine*; *idem*, *La imputación objetiva*, p. 109: el consentimiento como sector específico de la "competencia de (continúa...)

respecto de los supuestos que aquí interesan sobre todo: la solución no se encontrará adaptando la institución del consentimiento a los casos de intervención conjunta en actividades arriesgadas. Por el contrario, habrá que intentar el desarrollo dogmático de la figura de la víctima en el sistema de imputación, del que el consentimiento no es más que un supuesto especial con ciertas peculiaridades. ¿Qué papel juega entonces el consentimiento desde esa perspectiva general? Quizás puedan aventurarse algunas ideas al respecto:

En primer lugar, la manifestación de la voluntad de la víctima es requisito para la "disposición" sobre bienes<sup>331</sup>. Esta institución del consentimiento se enmarca, desde el punto de vista sistemático, después de la configuración de los ámbitos de responsabilidad (que a su vez se determinan también a través de las normas especiales incriminadoras o "límites al consentimiento"). El hecho de que la relación de la víctima con el suceso de lesión deba ser tan intensa<sup>332</sup>

---

<sup>330</sup>(...continuación)  
la víctima"; por lo que la crítica intrasistemática que efectúa **De la Gándara Vallejo** [*Consentimiento*, pp. 161 y s.] frente a la postura de **Jakobs** desde los postulados del consentimiento carece de sentido) y **Derksen** (*Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 88, 240 y ss.).

<sup>331</sup> Es decir, de la institución del consentimiento tal y como ha sido desarrollada hasta el momento por la doctrina. Ya se ha señalado en el texto anterior que la utilización del consentimiento para la resolución de las constelaciones que aquí interesan no sólo resulta inadecuada para abordar este ámbito, sino que puede desdibujar los requisitos del consentimiento.

<sup>332</sup> En sentido próximo, pero en otro contexto, **Göbel** (*Einwilligung*, p. 102) habla de la "perspectiva unilateral" propia del consentimiento, que puede "ocultar" la autoresponsabilidad de la víctima.

como lo exigen los requisitos del consentimiento puede quedar explicado por las especiales características de la interacción entre autor y víctima consistente en la disposición: se trata de la destrucción del bien.

En segundo lugar, el consentimiento (entendido en sentido "natural", como aceptación por parte de la víctima de un determinado contexto de interacción) también puede formar parte de la definición de un riesgo permitido, cuando en el permiso de riesgo esté incluida la voluntariedad de la participación<sup>333</sup>.

Ejemplo: puede llegar a sostenerse que existe un riesgo permitido "fútbol"; este riesgo permitido, sin embargo, presupone que todos los jugadores participen voluntariamente<sup>334</sup>.

En tercer lugar, el conocimiento del peligro (de los costes de un contacto social) puede constituir, en casos de comportamientos de por sí no permitidos ("consentimiento en el

---

<sup>333</sup> Cfr. también *infra* § 9 II. A. 1. b). Aunque el hecho de que sea necesaria la participación voluntaria en la actividad arriesgada no conlleva que el consentimiento del participante pueda modificar las reglas (generales) fijadas para la actividad; el "alcance del consentimiento se ve generalizado" (cfr. **Preuß**, *Untersuchungen*, p. 141).

<sup>334</sup> Análogamente, respecto del boxeo, si bien refiriéndose a la adecuación social y al principio de insignificancia como referentes objetivos a los que debe añadirse el consentimiento, **Mir Puig**, *PG*<sup>4</sup>, 18/46.

riesgo"), un indicio<sup>335</sup> de que el suceso ha de imputarse a la víctima. Se trata en realidad de cómo se define el acontecer, definición en la que la actitud interna de los intervinientes puede ser relevante: en una escala gradual, la definición de la situación bascula entre situaciones cuya definición no depende de la voluntad del sujeto (ejemplo: quien sube a un automóvil cuyo conductor ha ingerido en su presencia una sustancia alucinógena) y aquellas otras en las que sólo la exteriorización de la voluntad implica al sujeto en la definición del comportamiento como arriesgado (ejemplo: quien sube a un automóvil y después incita al conductor a circular sin respetar las señales de stop)<sup>336</sup>.

---

<sup>335</sup> Que, evidentemente, puede ser de gran importancia: en el ejemplo antes aludido, el hecho de que el sujeto que acompaña al conductor ebrio en su vehículo le haya inducido a realizar el viaje o que le haya animado a consumir las sustancias que alteran las facultades del conductor, o a conducir a mayor velocidad, etc., puede indicar que era responsabilidad suya percibir que el conductor no estaba en condiciones de guiar el vehículo. Pero no implica que el fundamento de su responsabilidad por las lesiones que sufra eventualmente esté en haber percibido psíquicamente la situación de riesgo, ni en haber manifestado su consentimiento en el riesgo etc., ni excluye que pueda haber casos en los que deba afirmarse la responsabilidad de quien resulta lesionado sin que éste subjetivamente presente un diagnóstico de estas características. Sucede en este campo algo muy similar a la situación respecto de la teoría de la imputación objetiva en hechos dolosos: lo llamativo del consentimiento cuasi-doloso ha conducido a que la necesaria valoración objetiva "haya estado oculta y aletargada" (así **Jakobs** [La imputación objetiva, p. 99] respecto de la cuestión de la imputación objetiva del comportamiento [del autor] en supuestos de conducta dolosa); sobre esto cfr. el texto e *infra* §§ 9 I. A. 3. y 10. II. B.

<sup>336</sup> Vid. el desarrollo hecho *infra* § 9 I. A. 4. Cfr. un ejemplo muy similar ya en **Quintano Ripollés**, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, p. 326, respecto del cual afirma que el dogma de los bienes jurídicos no disponibles no debía aplicarse de modo precipitado y esquemático, pues ello puede conducir a injusticias; muy similar también el ejemplo mencionado -si bien en *obiter dicta*- en la importante STS 17.7.1990 (RA 6728) (asumiendo la diferenciación entre "participación entre una autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro consentida", cfr. (continúa...))

Pero ni el conocimiento implica que lo sucedido necesariamente entre en el ámbito de responsabilidad del sujeto lesionado (por ejemplo: en los preceptos que castigan el auxilio [doloso] al suicidio, sigue siendo competente el tercero-autor; el pasajero que se sube al automóvil de su amigo ebrio, aunque reconozca la embriaguez del conductor, probablemente siga teniendo derecho a un transporte seguro si en vez de ser su amigo es un empleado público que conduce un vehículo de servicio público<sup>337</sup>) ni siempre tiene que concurrir conocimiento para fundamentar la responsabilidad (así, por ejemplo, en el caso de quien mantiene relaciones sexuales con una persona que le ha advertido de que es portadora del VIH y, sin embargo, no cree que corra peligro, por ejemplo, por llevar determinado amuleto que en su opinión lo hace inmune)<sup>338</sup>.

Por tanto, parece que no queda ubicación sistemática propia para un hipotético consentimiento en el riesgo: o la situa-

---

<sup>336</sup>(. .continución)

*infra* § 6, el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 8. y el comentario de **Mir Puig**, ADPCP 1991, pp. 259 y ss.): "Sólo en casos excepcionales, en los que el riesgo consentido proveniente de la acción de un tercero sea equivalente a la creación del peligro para si por la propia víctima (p. ej. cuando el pasajero con prisa ordena al conductor del coche que acelere la velocidad del mismo por encima de lo permitido), se sostiene en la teoría la posibilidad de pensar directamente en la exclusión de la responsabilidad del que haya causado el resultado infringiendo el deber de cuidado. En estos casos, como es lógico, entrarán en consideración los criterios de la imputación objetiva referidos al fin de protección de la norma."

<sup>337</sup> Así **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/128.

<sup>338</sup> Cfr. la propuesta aquí desarrollada *infra* §§ 9 I. A. 3., 10 II. B.

ción se define como de disposición, y entonces se consiente en la lesión, o la voluntad de asumir el riesgo no es más que uno de los elementos que pueden concurrir en la fundamentación de la competencia de la víctima. Dicho de otro modo: sólo la voluntad fundamenta competencia en el ámbito de la lesión (en los límites que están establecidos para ello); en el ámbito restante no sometido a estos límites, la voluntad puede intervenir en la fundamentación de la competencia por organización, pero no es un elemento necesario.

Parece claro que estos inconvenientes también aquejan a aquellas posturas que incorporan en sus presupuestos de exención alguna forma atenuada de consentimiento ("conocimiento del riesgo"). Pero además plantean problemas de prueba que no se generan en la formulación habitual del consentimiento en una lesión<sup>339</sup>. E incluso puede que se plantee alguna incongruencia sistemática cuando estas modalidades de consentimiento concurren en las construcciones en cuestión con instituciones de corte más objetivo<sup>340</sup>.

---

<sup>339</sup> También aluden a las dificultades de prueba -especialmente desde la perspectiva *ex ante* relevante para el autor- W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 160 y ss. (si bien refiriéndose a la cuestión paralela de los supuestos en los que existen dudas acerca de si la víctima es "responsable") y Paredes Castañón, ADPCP 1990, p. 647. ¿Cómo se prueba que la víctima era "consciente" (suceso que es completamente interno) del riesgo? Cfr. sobre esta cuestión también desde la perspectiva aquí desarrollada *infra* §§ 9 I. A. 3. y 10 II. B.

<sup>340</sup> Este es el caso, especialmente, como se ha señalado (cfr. *supra* § 5 II. B. 2.), de Jakobs, en cuyo sistema convive el "consentimiento no final" con la idea de "actuar a propio riesgo" (cfr. AT<sup>2</sup>, 7/109, 7/127 y s. y 7/129), y también en lo que se refiere a la aproximación de W. Frisch (cfr. *supra* § 5 II. C. 2.)



§ 6 "Participación en una autopuesta en peligro" y  
-----  
"heteropuesta en peligro consentida"  
-----

I. Planteamiento  
-----

Corresponde ahora analizar aquellas aproximaciones dogmáticas que han intentado encontrar -desde distintas premisas sistemáticas- la herramienta central para la solución del problema jurídico-penal de la intervención de la víctima en la actividad arriesgada sobre todo con ayuda de la idea de diferenciar aquellos casos en los que la aportación material de la víctima al acontecer es de mayor entidad (entonces, desde la perspectiva del autor, sólo habría "participación") de aquellos otros en los que la conducta de la víctima es más pasiva, es decir, cuando ésta más bien se limita a tolerar el comportamiento generador de riesgo realizada por autor (casos en los que la conducta del autor sería constitutiva de "autoría").

Entre estas aproximaciones doctrinales merece un análisis especialmente destacado la concepción que Roxin ha ido desarrollando en esta línea -dentro de la teoría de la imputación objetiva- a lo largo de más de veinte años. Y ello no sólo por el temprano momento en que su propuesta fue planteada, sino porque se trata quizás de una de las construcciones dogmáticas que mayor éxito han tenido en un espacio de tiempo relativamente corto, tanto en la discusión desa-

rrollada en la doctrina como en su aplicación por parte de la jurisprudencia.

#### A. La diferenciación desarrollada por Roxin

Fue, como acaba de decirse, principalmente **Roxin** quien desarrolló una nueva aproximación a la problemática de la intervención de la víctima, aproximación asentada sobre todo en un intento de delimitar aquellos supuestos en los que la víctima ocupa -dicho de momento de modo aproximativo- una posición central en el acontecer arriesgado (en los que por parte del autor, de acuerdo con este punto de vista, se produce una "participación en una autopuesta en peligro" de la víctima) de aquellos otros en los que es el otro sujeto (el autor) quien es la figura central y la víctima tan sólo está de acuerdo en la actividad arriesgada (en los que se produce, en este sentido, una "heteropuesta en peligro consentida"<sup>341</sup>).

---

<sup>341</sup> "Einverständliche Fremdgefährdung" en alemán (por contraposición a la participación en una autopuesta en peligro "Teilnahme an einer Selbstgefährdung"); la traducción propuesta por **Luzón Peña** en la versión castellana por él elaborada del trabajo de **Roxin** en FS Gallas (cfr. la nota siguiente) para la segunda de las expresiones, "puesta en peligro de un tercero aceptada por éste" (cfr. **Roxin**, *Problemas básicos*, p. 190) recoge quizás con mayor claridad que la traducción por la que aquí se opta el hecho de que el adjetivo "einverständlich" tiene una carga más fuerte que "consentido" y está más cerca de la expresión "de común acuerdo". Por otra parte, parece más adecuada desde el punto de vista del idioma castellano la traducción amplia ("puesta en peligro de un tercero") que utiliza **Luzón Peña** que la expresión aquí usada "heteropuesta en peligro". Si a pesar de ello se mantiene la terminología (continúa...)

**Roxin** emprendió esta elaboración en uno de sus trabajos que más intensos impulsos habría de generar para el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva<sup>342</sup>. Dentro de sus consideraciones sobre diversas cuestiones relativas a la imputación del resultado, y bajo aplicación del criterio del "fin de protección de la norma" como "principio metodológico rector"<sup>343</sup>, **Roxin** aborda la problemática de la intervención de la víctima en el acontecer arriesgado. En este sentido, intenta resolver los casos de producción de una "autopuesta en peligro" con consecuencias lesivas recurriendo a los límites de punibilidad existentes en el ordenamiento alemán en relación con la producción de un suicidio. Respecto de la

---

<sup>341</sup> (...continuación)

recogida en el texto, es para no perder la fuerza de la contraposición entre "auto-" y "hetero"puesta en peligro que tienen las expresiones en alemán, y, sobre todo, para conservar el carácter sintético de las expresiones -que posiblemente haya contribuido a su rápida difusión, a la que se aludirá seguidamente en el texto- en el idioma original.

<sup>342</sup> "Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten", en: **Karl Lackner** et al. (ed.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, 1973, pp. 243 y ss., trabajo en el que desarrolla las bases sentadas respecto de la teoría de la imputación objetiva poco antes en FS Honig, pp. 133 y ss., 136 y ss. Sobre la concepción elaborada por **Roxin** en materia de imputación objetiva desde un punto de vista general, cfr. la exposición *supra* § 3 II. A.

Su discípulo **Rudolphi** había planteado en un contexto similar la idea de la distinción entre auto- y heteropuesta en peligro algunos años antes (JuS 1969, pp. 556 y s.); sin embargo, ha sido la construcción formulada **Roxin** la que ha dominado la discusión posterior, probablemente, en primer lugar, porque se enmarca, como se acaba de decir, en una doctrina general de la imputación objetiva, y, en segundo lugar, porque **Roxin** ha seguido desarrollando la diferenciación en numerosos trabajos posteriores. En todo caso, lo cierto es que el trabajo de **Roxin** en FS Gallas como se observará a continuación en la exposición en el texto- ha resultado "fundamental" (así **Jakobs**, "La organización de autolesión y heterolesión", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*, nota 25) para el objeto de estudio del presente trabajo.

<sup>343</sup> FS Gallas, p. 251.

provocación imprudente de un suicidio (cuasi-doloso) ajeno, **Roxin** se pronuncia en contra de un esquema estático de "interrupción del nexo causal" o "prohibición de regreso" en el sentido desarrollado por la doctrina más antigua bajo estas denominaciones<sup>344</sup>, pues en su opinión no pueden trasladarse sin más los criterios de delimitación de autoría y participación desde el ámbito del delito doloso al imprudente<sup>345</sup>. Pero llega a la conclusión de que el fin de protección de la norma del homicidio imprudente<sup>346</sup> no abarca los casos de favorecimiento o mera intervención secundaria en una autopuesta en peligro<sup>347</sup>. Pues en su opinión, si -por razón de la peculiar estructura del § 216 StGB<sup>348</sup>- es impune la producción (por medio de "participación" dolosa del autor) de una autolesión cuasi-dolosa (en el lado de la víctima), ha de serlo también la producción de una autopuesta en peligro cuasi-dolosa, por lo que "...si ni siquiera la producción dolosa de la lesión del bien jurídico está abarcada por el

---

<sup>344</sup> Vid. aquí las referencias supra § 4 I. A. 3. e infra § 9 II. A. 2. a)

<sup>345</sup> **Roxin**, FS Gallas, pp. 245 y s.

<sup>346</sup> Así en su contribución a FS Gallas, centrada en el delito imprudente. Sin embargo, está claro que su propuesta no queda limitada a los delitos imprudentes, sino abarca también los dolosos, como queda explicitado por **Roxin** -en coherencia con la ubicación de la diferenciación en la teoría de la imputación objetiva (cfr. sobre esto a continuación en el texto) con mayor claridad en trabajos posteriores (cfr. sólo AT I<sup>2</sup>, 11/85, 11/87 [autopuesta en peligro] y 11/103 [heteropuesta en peligro]).

<sup>347</sup> **Roxin**, FS Gallas, p. 246.

<sup>348</sup> Que no incrimina las conductas de mero auxilio al suicidio; cfr. sobre esto supra § 2 II.

fin de protección de la norma del homicidio, mucho menos puede estarlo la participación en una autopuesta en peligro, que respecto del resultado por regla general sólo dará lugar a imprudencia"<sup>349</sup>.

**Roxin** distingue de esta participación en una autopuesta en peligro, que, como se ha dicho, ha de ser impune en su opinión, la situación de la heteropuesta en peligro consentida. Existe tal heteropuesta en peligro consentida cuando el sujeto "se expone al riesgo emanante de otro siendo plenamente consciente del riesgo"<sup>350</sup>.

En opinión de **Roxin**, son supuestos de participación en una autopuesta en peligro, por ejemplo, los casos de competición de motocicletas<sup>351</sup> o de entrega de estupefacientes<sup>352</sup>, mientras que pertenecen al grupo de las heteropuestas en peligro

---

<sup>349</sup> **Roxin**, FS Gallas, p. 246.

<sup>350</sup> **Roxin**, FS Gallas, pp. 249 y s.

<sup>351</sup> Como los casos que dieron lugar a las sentencias BGHSt 7, pp. 112 y ss. o STS 25.9.1986 (JP 1149) (cfr. los supuestos de hecho de estas resoluciones supra § 1 II. B. 6. y 7., respectivamente); vid. **Roxin**, AT I<sup>1</sup>, 11/87

<sup>352</sup> Como los casos enjuiciados en BGH NStZ 1984, pp. 452 y s. o STS 20.2.1993 (RA 1383) (cfr. los supuestos de hecho de estas resoluciones supra § 1 II. A. 3. y 4., respectivamente); vid. **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/89.

consentidas, por ejemplo, el caso del barquero<sup>353</sup> o el del copiloto<sup>354</sup>.

Según **Roxin**, en este último grupo de casos habría que llegar a una valoración normativa distinta a la correspondiente a los supuestos de participación en una autopuesta en peligro, afirmando la responsabilidad del autor que pone en peligro al otro. Pues el acontecer generador del riesgo -a diferencia de lo que sucede en su opinión en el marco de la autopuesta en peligro- no es dirigido o "dominado" por la víctima, estando más "indefensa" ésta frente al riesgo que en el caso de la autopuesta en peligro<sup>355</sup>. En su opinión, no es adecuada desde el punto de vista político-criminal la impunidad general de la heteropuesta en peligro<sup>356</sup>.

Sin embargo, por otro lado **Roxin** sostiene que con ayuda de determinados criterios puede llegarse a la conclusión -en ciertos supuestos- de que la heteropuesta en peligro equivale a la autopuesta en peligro y debe ser por ello igualmente impune. Para que pueda producirse tal equiparación, deben

---

<sup>353</sup> RGSt 57, pp. 172 y ss. (cfr. el supuesto de hecho de esta sentencia supra § 1 II. B. 4.); cfr. **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/98.

<sup>354</sup> Como puede ser el del supuesto de las resoluciones RG JW 1925, pp. 2251 y ss. o STS 23.12.1963 (JC 1542) (cfr. los supuestos de hecho de estas resoluciones supra § 1 II. B. 1. y 2., respectivamente); vid. **Roxin**, FS Gallas, p. 250.

<sup>355</sup> **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/86 y ss., 11/100; cfr. la argumentación paralela de **Roxin** respecto de los casos de autolesión en *Täterschaft und Tatherrschaft*<sup>6</sup>, pp. 633 y s.

<sup>356</sup> **Roxin**, NStZ 1984, p. 412.

concurrir los siguientes requisitos: en primer lugar, es necesario que la víctima "conozca el riesgo en la misma medida que quien realiza la puesta en peligro"; en segundo lugar, que la lesión sea "consecuencia del riesgo asumido", y no de otro distinto; finalmente y en tercer lugar, quien es puesto en peligro debe ser "igualmente responsable" del acontecer que quien genera el riesgo<sup>357</sup>.

## B. Contexto sistemático

Ya en este punto debe señalarse que en la concepción de **Roxin** -y en la de otros autores que han adoptado la diferenciación por él desarrollada<sup>358</sup>-, la distinción entre la "participación en una autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro" no es más que un primer escalón de la solución a los casos problemáticos. Concretamente, puede decirse que constituye una primera ordenación del material de casos sobre la cual se aplica la institución dogmática material que fundamenta, respectivamente, la atipicidad o la tipicidad

---

<sup>357</sup> Cfr. FS Gallas, p. 252; también *idem*, NSTZ 1984, p. 412; *idem*, AT I<sup>2</sup>, 11/100. Vid. de momento sólo la postura algo distinta de **Schünemann** respecto de la equiparación, JA 1975, pp. 722 y s. (quien -aceptando las bases de la construcción de **Roxin** propone un tratamiento común generalizado), que constituyó un primer paso para el posterior desarrollo del "principio victimológico" por parte de este autor (cfr. sobre esta aproximación *infra* § 7, especialmente § 7 II. A.).

<sup>358</sup> Sobre la posición de la reciente jurisprudencia del BGH que ha adoptado la diferenciación, algo ambivalente en lo que se refiere al conexto dogmático, cfr. a continuación en el texto *infra* § 6 I. C.

del comportamiento de quien interviene junto a la víctima: en el caso de la concepción de **Roxin**, este marco dogmático viene dado, dentro de la teoría de la imputación objetiva por él desarrollada, por el "fin de protección de la norma" y posteriormente -modificando en parte su concepción inicial por el "alcance del tipo"<sup>359</sup>. En este sentido, es cierto que la diferenciación entre auto- y heteropuesta en peligro carece en sí misma de un contenido material<sup>360</sup>; pero también es cierto que la diferenciación prepara el terreno para la aplicación de los criterios materiales. Pues -como se acaba de exponer- la atribución de un supuesto a uno u otro de los grupos de casos prejuzga su solución.

En lo que sigue, se intentará un análisis tan sólo de la idea de la diferenciación entre casos de "participación en una autopuesta en peligro" y casos de "heteropuesta en peligro". Más adelante se aludirá a la cuestión -en la que materialmente coincide en gran medida el punto de partida de **Roxin** con el que aquí pretende adoptarse, como se verá- de la ubicación sistemática del *topos* de la diferenciación, es

---

<sup>359</sup> AT I<sup>2</sup>, 11/85 y ss. Cfr. sobre la introducción del escalón sistemático del "alcance del tipo" en la concepción de **Roxin** *supra* § 3 II. A.; sobre esta cuestión sistemática desde la perspectiva del problema de la intervención de la víctima, *infra* § 9 I. B. 2. a).

<sup>360</sup> Así lo señala, críticamente, por ejemplo, **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 32, mientras que **Zaczyk**, desde otra perspectiva muy distinta de la del autor acabado de citar (vid. *infra* § 8 II. B. 2. y A., respectivamente), afirma que la diferenciación está "más bien orientada" en atención a la (mera) fenomenología (*Selbstverantwortung*, p. 17, nota 80); respecto de esta cuestión cfr. las consideraciones *infra* § 6 II. C. 3.



decir, su colocación dentro de la imputación objetiva y, concretamente -en la construcción de esta teoría por **Roxin**-, en el escalón del "alcance del tipo"<sup>361</sup>. Este análisis separado del *topos* de la diferenciación parece conveniente porque, en primer lugar, responde a ciertas aproximaciones intuitivas que suelen presentarse en el tratamiento de los casos que suceden en la práctica en el presente contexto, y, en segundo lugar, porque la diferenciación propuesta por **Roxin** ha tenido un éxito muy notable en jurisprudencia y doctrina, siendo incorporada a construcciones dogmáticas de distintas características, ya fuera de la teoría de la imputación objetiva como parte de la cual fue diseñada por **Roxin**, y, especialmente, en ocasiones se hace uso de ella sin explicitar contexto dogmático alguno, como "solución" en sí misma. Finalmente y en tercer lugar, porque la idea de la diferenciación ha sido desarrollada de modo independiente como instrumento central de otras aproximaciones dogmáticas que toman como punto de partida sistemático para resolver los casos que aquí interesan consideraciones provenientes de la teoría de autoría y participación.

---

<sup>361</sup> Cfr. *infra* § 9 I. B. 2. a) sobre esta coincidencia: el escalón sistemático del "alcance del tipo" es materialmente una categoría de definición de la tipicidad del comportamiento.

### C. Recepción

En un primer momento, la doctrina de la participación en una autopuesta en peligro no tuvo aceptación en la jurisprudencia alemana<sup>362</sup>, que siguió abordando los supuestos de intervención de la víctima, sobre todo, a través del consentimiento<sup>363</sup> o de la previsibilidad<sup>364</sup>. Pero posteriormente, parece que ha sido el sector de la bibliografía que defiende la distinción el que directamente ha motivado un cambio muy relevante en la postura del BGH<sup>365</sup>, hasta el punto de que puede decirse que en la actualidad, la utilización del *topos*

---

<sup>362</sup> Cfr. W. Frisch, NStZ 1992, p. 1; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 121.

<sup>363</sup> Cfr. *supra* § 5 I. B.

<sup>364</sup> Cfr. *supra* § 4 II. A.

<sup>365</sup> Este es uno de los casos en los que queda patente el elevado peso que tienen los planteamientos de la doctrina sobre la evolución de la línea jurisprudencial de los tribunales superiores en Alemania. En este sentido, parece que pueden considerarse causas directas de este cambio algunos análisis críticos de la jurisprudencia planteados desde la premisa de la impunidad de la "participación en una autopuesta en peligro", como los comentarios a sentencias del BGH de Hirsch (JR 1979, pp. 429 y ss., relativo a una sentencia en la que un médico había hecho entrega de una sustancia sustitutiva de la heroína a dos toxicómanos que la consumieron de modo incorrecto y murieron (caso del tratamiento de desintoxicación; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. A. 6.), sobre todo, de Schünemann (NStZ 1982, pp. 60 y ss., referido a una de las sentencias en las que el BGH condenaba por homicidio imprudente por la entrega de sustancias estupefacientes a la víctima, muerta tras su consumo; trabajo respecto del cual Roxin ha dicho [Chengchi Law Review 50 (1994), pp. 224 y s.; en el mismo sentido, *idem*, CPC 1989, p. 763, nota 14; *idem*, AT I', 11/89; *idem*, LK", § 25 n.m. 114] que "tuvo una influencia directa" en el cambio de orientación de la doctrina del BGH; vid. también las significativas citas que de este comentario hace el propio BGH en la decisiva resolución BGHSt 32, pp. 262 y ss., 264 y s. [sobre esta sentencia a continuación en el texto]) y de Loos (JR 1982, pp. 342 y s.), referido a un supuesto de las mismas características.

de la diferenciación constituye jurisprudencia constante. En este sentido, conviene reproducir aquí la doctrina contenida en la sentencia del BGH en el caso de la entrega de una jeringuilla, del año 1984<sup>366</sup>, en la que la diferenciación adquiere carta de naturaleza jurisprudencial:

"Las autopuestas en peligro deseadas y realizadas de manera autoresponsable no se subsumen en el tipo de los delitos de lesiones o de homicidio cuando se realiza el riesgo asumido conscientemente con la puesta en peligro. Quien meramente provoque, haga posible o favorezca tal autopuesta en peligro, no incurrirá en punibilidad por delito de lesiones o de homicidio."

A pesar de que la fundamentación material de la resolución es muy ambigua y escueta<sup>367</sup> -especialmente en lo que se refiere al marco teórico en el que se inserta la construcción de la diferenciación<sup>368</sup>-, la aceptación por el BGH de la

---

<sup>366</sup> BGHSt 32, pp. 262 y ss. (Sección [Senat] 1<sup>a</sup>); se trataba de la entrega de una jeringuilla para el consumo de heroína por parte de un toxicómano a otro (cfr. el supuesto de hecho de esta resolución y de otras posteriores que desarrollaron la doctrina allí establecida *supra* § 1 II. A. 2. y A. 4., 5., B. 9., 11., y 13., respectivamente). Este paso había sido preparado por la sentencia del BGH en el caso del tratamiento de desintoxicación, en la que el Tribunal plantea la cuestión acerca de si debe adoptarse de modo general la doctrina de la impunidad de la participación en una autopuesta en peligro, pero la deja sin contestar por considerar que en el caso en cuestión lo decisivo es la posición de garantía del médico (BGH JR 1979, p. 429; cfr. el supuesto de hecho *supra* § 1 II. A. 6.).

<sup>367</sup> Cfr. en este sentido, por ejemplo, la valoración crítica hecha por W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 2 y ss.

<sup>368</sup> Especialmente, este marco no es claro en lo que se refiere a la fundamentación más allá de la invocación del *argumentum a maiore ad* (continúa...)

distinción entre los dos grupos de casos ha sido un revulsivo de la discusión doctrinal<sup>369</sup> en Alemania, y fue saludada por el mismo **Roxin** como un punto de inflexión en la evolución de la posición de la jurisprudencia<sup>370</sup>, incluso como

<sup>368</sup> (...continuación)

minus utilizado en la jurisprudencia del BGH con anterioridad respecto de la intervención en suicidios (vid. BGHSt 32, p. 264; cfr. sobre esta argumentación a continuación el análisis llevado a cabo en el texto infra § 6 II. A.)

Ha de reseñarse, en este sentido, que el tribunal no menciona si la solución se inscribe dentro del marco de la teoría de la imputación objetiva (cfr. **Kienapfel**, JZ 1984, p. 752), ni siquiera si lo que falta es la tipicidad u otro escalón sistemático (cfr. **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 6 con nota 27); de todos modos, se refiere expresamente al trabajo de **Roxin** en FS Gallas (cfr. BGHSt 32, p. 265). En todo caso, parece precipitado afirmar que la asunción del criterio de la diferenciación en esta sentencia implique una aceptación completa por parte del tribunal de las premisas teóricas de la teoría de la imputación objetiva (así, sin embargo, y por ejemplo, **Wessels**, AT<sup>26</sup>, n.m. 196; **Eschweiler**, *Selbstgefährdung*, pp. 18, 19: "reconocimiento implícito"; **Derkson**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 157, 186; **idem**, NJW 1995, p. 241; **Wolter**, en: **Gimbernat/Schünemann/Wolter** (ed.), *Internationale Dogmatik*, p. 3, nota 1). En resoluciones posteriores en este ámbito, por otro lado, sí aparece ya la mención al "fin de protección de la norma" que es un elemento de la construcción dentro de la teoría de la imputación objetiva en su versión mayoritaria, cfr. supra § 3 II. A. (cfr. BGH NSTZ 1991, p. 392 y el comentario de **Beulke/Schröder**, NSTZ 1991, pp. 393 y ss., quienes destacan este cambio; BGHSt 37, 179 y ss., 182; BGHSt 39, 322 y ss., 325).

<sup>369</sup> Cfr., en este sentido, por todos, **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 1.

<sup>370</sup> NSTZ 1984, p. 411; **idem**, AT I<sup>2</sup>, 11/89: "cambio espectacular"; crítica con esta apreciación de **Roxin**, sin embargo, **Walther** (*Eigenverantwortlichkeit*, p. 15 con nota 38), para quien el cambio llegó en realidad en el momento en el que se aceptó por parte de la jurisprudencia la construcción para los supuestos de entrega de la sustancia estupefaciente, aceptación que se produjo poco después (vid. a continuación en el texto; cfr. también **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 1 y s.).

En todo caso, hay pocas resoluciones de un tribunal que hayan merecido más allá de un tratamiento muy destacado en las monografías sobre la materia y en los manuales y los tratados dedicados a la Parte General-tantos comentarios como esta sentencia: **W. Hassemer**, JuS 1984, p. 724; **Horn**, JR 1984, pp. 513 y s.; **Kienapfel**, JZ 1984, pp. 751 y s.; **Otto**, Jura 1984, pp. 536 y ss.; **Roxin**, NSTZ 1984, pp. 411 y s.; **Dach**, NSTZ 1985, pp. 24 y s.; **Stree**, JuS 1985, pp. 179 y ss.; cfr. también **W. Frisch**, quien la toma como punto de partida para su monografía *Tatbes-* (continúa...)

"el mayor éxito que hasta el momento ha podido alcanzar la teoría de la imputación objetiva en la *praxis* jurídica alemana"<sup>371</sup>. En este sentido, en pocas ocasiones puede observarse -como sucede en el caso de la doctrina propuesta por **Roxin**- que una aproximación dogmática no sólo introduce un problema en la conciencia de la discusión, sino logra imponerse en un plazo de tiempo relativamente breve tanto en doctrina como jurisprudencia.

En efecto, en lo que se refiere a la jurisprudencia alemana, la doctrina de la autopuesta en peligro fue posteriormente aplicada a supuestos en los que no sólo se había hecho entrega de utensilios accesorios necesarios para correr el riesgo en cuestión y más o menos fácilmente accesibles, como sucedía en el supuesto de la sentencia del BGH en el caso de la entrega de la jeringuilla<sup>372</sup>, sino en los que el autor

---

<sup>370</sup> (...continuación)

*tandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pp. 1 y ss.; **Neumann** (JA 1987, p. 245) ha llegado incluso a postular -invirtiendo la tendencia tradicional (vid. *infra* § 6 II. A.) que esta sentencia debe tener repercusiones en la jurisprudencia relativa a los supuestos de intervención en suicidios ajenos.

<sup>371</sup> Chengchi Law Review 50 (1994), p. 225; cfr. también **idem**, CPC 1989, p. 763; que esta afirmación es quizás demasiado optimista en lo que se refiere a la aceptación por el BGH de la teoría de la imputación objetiva, acaba de señalarse *supra* en nota.

<sup>372</sup> **Zaczyk** (*Selbstverantwortung*, p. 61) opina que la aplicación de la doctrina de la autopuesta en peligro debe limitarse a estos supuestos y no entrar en consideración en aquellos en los que lo que se entrega es la sustancia estupefaciente misma.

cedió a la víctima la sustancia estupefaciente<sup>373</sup>, es decir, en los que el autor facilitó el elemento creador del riesgo en sí. Con posterioridad, la figura también se ha extendido en la jurisprudencia de otros tribunales alemanes a otros ámbitos distintos de la entrega de estupefacientes, como, por ejemplo, el tráfico rodado<sup>374</sup> o la transmisión del SIDA<sup>375</sup>.

---

<sup>373</sup> Aunque el BGH había dejado expresamente abierta la cuestión en BGHSt 32, pp. 262 y ss., 267, este traslado se produjo en sentencias pronunciadas por otras secciones de lo penal del BGH; cfr. aún poco claro en BGH (sección 3ª) NStZ 1984, p. 452 (el BGH deniega -dejando abierta la posibilidad de aplicación de la construcción de la autopuesta en peligro, frente a la cual esta sentencia parece tener una posición más bien crítica- la previsibilidad en un caso de entrega de heroína; vid. el supuesto de hecho supra § 1 II. A. 4.); la propia sección 1ª reiteró su doctrina en BGH NStZ 1985, pp. 25 y s. (caso en el que, sin embargo, se trataba tan sólo de la entrega de una sustancia no propiamente estupefaciente, sino de un té elaborado a base de estramonio; cfr. el supuesto de la sentencia supra § 1 II. A. 5.); ya claramente se produce la aplicación a la entrega de estupefacientes en BGH (sección 2ª) NStZ 1985, pp. 319 y s.

Hay alguna resolución posterior, pronunciada por otra sección, que vuelve a dejar abierta la cuestión (cfr. BGH [sección 4ª] NStZ 1991, p. 292 = BGHSt 37, pp. 179 y ss., 181) Ello, sin embargo, parece que no debe ser interpretado como una vuelta al estado de la doctrina jurisprudencial del BGH previa a BGHSt 32, pp. 262 y ss. (caso de la jeringuilla) (en este sentido, sin embargo, NK-Puppe, n.m. 173 previo al § 13; en sentido similar también Zaczek, Selbstverantwortung, p. 9, nota 40), ya que las consideraciones del Tribunal en el sentido de poner en duda la doctrina de la autopuesta en peligro quedan limitadas al ámbito de las normas específicas en materia de estupefacientes (concretamente, los tipos agravados previstos en la legislación especial sobre tráfico de estupefacientes [Betäubungsmittelgesetz]) y no afectan a las disposiciones del Derecho penal principal.

<sup>374</sup> Cfr. OLG Stuttgart MDR 1985, p. 162 o BayObLG NZV 1989, p. 80 (vid. el supuesto de hecho de esta última resolución supra § 1 II. B. 13.).

<sup>375</sup> Cfr. BayObLG, NJW 1990, pp. 131 y s. y el supuesto de hecho de esta resolución supra § 1 II. B. 11.; sobre algunos de los problemas que plantean estos supuestos con independencia de la cuestión de la conducta de la víctima, vid. las referencias contenidas infra § 6 II. C. 2. en nota.

De hecho, el cambio en la jurisprudencia posterior del BGH en la materia fue más que notable. Pues con anterioridad, como se ha señalado, se había recurrido sobre todo al consentimiento o a la idea de previsibilidad para resolver los casos en cuestión (normalmente, afirmando la responsabilidad del autor<sup>376</sup>). Puede ilustrarse hasta qué punto esta evolución ha supuesto un cambio en la jurisprudencia del BGH citando una resolución poco anterior, referida también a la entrega de heroína y que reproduce la doctrina del BGH en materia de entrega de estupefacientes hasta la sentencia antes aludida:

"Quien causa la muerte de un heroinómano por medio de la entrega de heroína, comete un homicidio imprudente si conoce o debiera contar con que el heroinómano se inyectará la droga..."<sup>377</sup>.

En definitiva, cabe constatar que la diferenciación de los dos grupos de casos de "participación en una autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro" se ha convertido en una

---

<sup>376</sup> Evidentemente, no resultaba aplicable aquí la jurisprudencia de la ponderación a la que se ha aludido *supra* § 5 I. B., en virtud de sus propias premisas: pues los supuestos de entrega estupefacientes no eran considerados casos en los que la finalidad perseguida con la actividad mereciese una valoración positiva; cfr. **Eschweiler**, *Selbstgefährdung*, pp. 12 y s.

<sup>377</sup> BGH NStZ 1981, p. 350 (cfr. el comentario crítico a esta resolución de **Schünemann**, NStZ 1982, pp. 60 y ss.); en esta línea aún BGH NStZ 1983, p. 72, si bien argumentando frente a las críticas de la doctrina con que la víctima padecía un síndrome de abstinencia y por ello no podía tratarse de una conducta libremente determinada que tuviera relevancia para valorar la conducta del vendedor.

de las aproximaciones dogmáticas más frecuentes en la discusión, sobre todo en Alemania<sup>378</sup>.

<sup>378</sup> Debe señalarse de nuevo que la concepción desarrollada por **Roxin** se utiliza con mucha frecuencia fuera del contexto sistemático de la construcción de la teoría de la imputación objetiva. Incluso puede decirse que la idea de la autopuesta en peligro (impune) aparece con cierta frecuencia fuera de todo marco sistemático, como mero eslógan; en este sentido tiene razón **W. Frisch** (NSTZ 1992, p. 67; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 145) al hablar de un empleo "desenfrenado y ecléctico".

En la jurisprudencia alemana, como se ha dicho, la distinción se ha incorporado ya de modo habitual a la doctrina del BGH a partir de la sentencia en el caso de la jeringuilla BGHSt 32, pp. 262 y ss. (cfr. supra § 1 II. A. 2. el supuesto de hecho de esta resolución y supra en el texto); últimamente se ha señalado expresamente que sigue manteniéndose esta doctrina en BGHSt 39, 322 y ss., 326 (caso del incendio, vid. el supuesto de hecho supra § 1 II. A. 13.).

Puede decirse que la opinión mayoritaria se ha sumado a **Roxin** al menos en el manejo de la diferenciación (así lo afirman *S/S<sup>24</sup>-Lenckner*, n.m. 107 previo a los §§ 32 y ss.; **Weber**, FS Baumann, p. 46; respecto de la doctrina austriaca, en el mismo sentido **Kienapfel**, AT<sup>4</sup>, Z 27/7) En sus aportaciones posteriores a la incluida en FS Gallas, sigue manteniendo su postura **Roxin** (cfr. sólo AT I<sup>2</sup>, 11/86; *idem*, *Política criminal y estructura del delito*, pp. 70 y s.).

En la restante bibliografía, cabe mencionar entre los partidarios de la diferenciación, en diversas combinaciones y marcos sistemáticos, por ejemplo, a **Dreher-Tröndle**, StGB<sup>45</sup>, n.m. 19 previo al § 13; **Lackner**, StGB<sup>20</sup>, n.m. 12 previo al § 211; **LK<sup>11</sup>-Schroeder**, § 16 n.m. 181; **SK-Rudolph**, n.m. 79 previo al § 1; *idem*, JZ 1991, pp. 572 y ss.; *S/S<sup>24</sup>-Eser*, § 216 n.m. 11 a, § 222 n.m. 3; *S/S<sup>24</sup>-Lenckner*, n.m. 107 previo a los §§ 32 y ss.; **Jescheck/Weigend**, AT<sup>5</sup>, § 28 IV. 4., § 54. IV. 3.; **Wessels**, AT<sup>26</sup>, n.m. 187, 674; **Krey**, BT 1<sup>10</sup>, n.m. 128 (combinando la diferenciación con el "actuar a riesgo propio" [op. cit., n.m. 120 y ss.] entendido como consentimiento en el riesgo); **Kühl**, AT, 4/87 y ss., 17/82; **Schünemann**, JA 1975, p. 721; *idem*, NSTZ 1982, pp. 60 y s. (si bien propone un tratamiento igual para los dos grupos de casos [cfr. *idem*, JA 1975, pp. 722 y s.; *idem*, en: **Busch/Heckmann/Marks** (ed.), *HIV/AIDS und Straffälligkeit*, p. 113; *idem*, en: **Szwarc** (ed.), *AIDS und Strafrecht*, pp. 13 y s.] y limita su aplicación expresamente al campo de la imprudencia [*idem*, en: **Busch/Heckmann/Marks** (ed.), *HIV/AIDS und Straffälligkeit*, p. 111; *idem*, en: **Szwarc** (ed.), *AIDS und Strafrecht*, pp. 12, 14]); **Hirsch**, JR 1979, p. 430; **Loos**, JR 1982, pp. 342 y s.; **Dölling**, GA 1984, pp. 70 y ss., 77; **Horn**, JR 1984, pp. 513 y s., también comparte las conclusiones, aunque se muestra muy crítico con el concepto de "autopuesta en peligro", que en su opinión no es más que un circunloquio poco afortunado para "autolesión imprudente"; **Kienapfel**, JZ 1984, p. 752; **Seier**, JA 1984, p. 533; **Stree**, JuS 1985, pp. 179 y ss., **Bottke**, en: **Schünemann/Pfeiffer**, *Die Rechtsprobleme von AIDS*, pp. 183 y ss.; **Prittwitz**, NJW 1988, pp. 2942 y s.; *idem*, JA 1988, p. 432; también desarrollan sus respectivas concepciones sobre la base de este planteamiento **Fiedler**,  
(continúa...)



Por otra parte, esta construcción empieza a aparecer también en la doctrina<sup>379</sup> y jurisprudencia españolas.

En efecto, en la jurisprudencia del TS aparecen algunas sentencias<sup>380</sup> que incorporan la distinción con mayor claridad sistemática de lo que ha hecho el BGH, puesto que no aíslan

---

<sup>378</sup> (...continuación)

*Fremdgefährdung*, pp. 5 y s., 94 y ss. y *passim* (si bien afirma -en la línea de lo sostenido por **Schünemann**- que sólo existen diferencias graduales y no de principio entre ambos grupos y propone un tratamiento similar, op. cit., pp. 156 y ss., 169), **Eschweiler**, *Selbstgefährdung*, pp. 30 y ss., 49 y ss. y *passim*, y **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 2 y ss., 128 y s. y *passim* (si bien con un desarrollo personal de la diferenciación que será objeto de análisis *infra* § 6 II. B. 3.); cfr. también posteriormente **Beulke/Schröder**, *NStZ* 1991, pp. 393 y ss.; **Wolter**, en: **Gimbernat/Schünemann/Wolter** (ed.), *Internationale Dogmatik*, p. 6. Ya anteriormente en este sentido, **Gallas**, *JZ* 1960, p. 690 y sobre todo, como se ha dicho (cfr. *supra* en nota), **Rudolphi**, *JuS* 1969, pp. 556 y s. Respecto de la doctrina austriaca, cfr. sólo **Burgstaller**, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 112 y ss. con nota 93; *idem*, *WK*, § 80 n.m. 69; **Kienapfel**, *AT*, Z 27/7. E 4/6, E 5/12. En Portugal, parte también de la concepción de **Roxin** el análisis desarrollado por **Da Costa Andrade**, *Consentimento e acordo*, pp. 271 y ss.

<sup>379</sup> Acepta la diferenciación -desde un punto de vista algo divergente del de **Roxin** (como el propio **Mir Puig** señala, vid. *PG*<sup>4</sup>, 19/28, nota 21), cfr. *infra* § 6 II. B. 1.- **Mir Puig**, *PG*<sup>3</sup>, p. 563; *PG*<sup>4</sup>, 19/28; *idem*, *ADPCP* 1991, pp. 262 y ss.; cfr. también **Bacigalupo**, *PG*<sup>3</sup>, pp. 247 y s.; **Luzón Peña**, notas a **Roxin**, *Problemas básicos*, pp. 189 y s. (aunque con reticencias de Derecho positivo español, por la punición del auxilio al suicidio; sobre el posterior desarrollo de una concepción propia por parte de **Luzón Peña**, cfr. *infra* § 6 II. B. 2.); **Muñoz Conde**, *Teoría general del delito*, p. 36; de modo destacado en la bibliografía española **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, pp. 316 y ss., 540, 550 y ss., especialmente p. 551; **Portilla Contreras**, *CPC* 1991, pp. 695, 698, especialmente 703 y s., y *passim*, parte de la diferenciación en todo su planteamiento para la solución de los problemas en cuestión, construida sobre el consentimiento para ambos grupos.

<sup>380</sup> En todo caso, no se trata de ocultar que las resoluciones a las que se hará alusión a continuación ocupan, sin duda alguna, una posición especial -sobresaliente- en el conjunto de la jurisprudencia del TS (situada en gran medida en un contexto sistemático muy distinto -cfr. *supra* § 4 I.-), tanto en lo que se refiere al "tiempo de reacción" frente a evoluciones doctrinales como en cuanto a la profundidad de la argumentación dogmática empleada.

la construcción del marco teórico en el que fue desarrollada. En este sentido, éstas son las consideraciones del TS en la importante sentencia en el caso de la botella<sup>381</sup>, en la que se evalúa la posibilidad de excluir la imputación objetiva por la conducta de la víctima:

"Sólo en casos excepcionales, en los que el riesgo consentido proveniente de la acción de un tercero sea equivalente a la creación del peligro para sí por la propia víctima (p. ej. cuando el pasajero con prisa ordena al conductor del coche que acelere la velocidad del mismo por encima de lo permitido), se sostiene en la teoría la posibilidad de pensar directamente en la exclusión de la responsabilidad del que haya causado el resultado infringiendo el deber de cuidado. En estos casos, como es lógico, entrarán en consideración los criterios de la imputación objetiva referidos al fin de protección de la norma.

En el presente supuesto de hecho, sin embargo, queda descartada esta posibilidad de exclusión de la imputación objetiva por aplicación del criterio del fin de protección de la norma [...] en los casos en los que la víctima preste su consentimiento para una acción peligrosa que conduce al resultado por un fallo en la ejecución llevada a cabo por el otro la doctrina entiende que no cabe establecer una total equivalencia entre la autopuesta en peligro y el consentimiento de la acción peligrosa ajena."

---

<sup>381</sup> STS 17.7.1990 (RA 6728); cfr. *supra* § 1 II. B. 8. el supuesto de hecho de esta resolución; vid. el comentario de **Mir Puig**, ADPCP 1991, pp. 259 y ss.

Queda claro que lo expuesto por el TS refleja que hace suya la doctrina de la diferenciación<sup>382</sup>. Por otro lado, la construcción, si bien de modo menos claro, también ha aparecido en otra resolución del TS, referida precisamente -al igual que la sentencia del BGH en el caso de la entrega de la jeringuilla- a un caso relacionado con la entrega de estupefacientes<sup>383</sup>.

---

<sup>382</sup> Exceptuando el último cambio introducido por **Roxin** a partir de la aparición del primer tomo de su manual en 1992 (cfr. AT I<sup>1</sup> y AT I<sup>2</sup>, 11/85 y ss.), al ubicar las figuras de la autopuesta y heteropuesta en peligro en la categoría del "alcance del tipo" y ya no en la del "fin de protección de la norma".

<sup>383</sup> STS 20.2.1993 (RA 1383, caso de la entrega de heroína; cfr. el supuesto de hecho de esta sentencia supra § 1 II. A. 3.): "...la tesis de la 'asunción del riesgo' o 'autopuesta en peligro' no puede ser aplicada para excluir la imputación objetiva y sus consecuencias en casos, como el presente, en los que la víctima no es consciente del peligro extraordinario asumido. Otra cosa equivaldría a afirmar la impunidad de los daños causados a los consumidores de productos adulterados por haber asumido inconscientemente el riesgo que representaban, al consumirlos voluntariamente. En el hecho de autos la víctima sólo asumió los riesgos ordinarios de su adicción a la droga, pero el riesgo extraordinario sobreañadido en este caso, y que fue precisamente el causante del resultado de muerte, no fue asumido conscientemente por él, ya que le era desconocido. Con lo que el criterio de la imputación objetiva sigue apuntando hacia el autor de la conducta base, que encerraba el peligro desaprobado, y no puede ser excluido por una inexistente aceptación voluntaria de tal peligro por parte de la víctima.

Tampoco el criterio del fin de la norma puede ser aquí utilizado para excluir la imputación objetiva, en cuanto si bien es cierto que la finalidad de la norma que tutela el bien jurídico de la integridad física y de la vida lo hace frente a los riesgos que provengan de la conducta de otro y no frente a las autolesiones y la propia muerte, ello es sólo en cuanto estas últimas sean voluntarias o imprudentes y no si son inconscientes: el que bebe el licor envenenado no elimina la imputación objetiva de quien, dolosa o imprudentemente, lo empozoñó, por el hecho de ser él mismo quien lo ingiere poniendo inconscientemente en peligro su vida o, mejor aun, permitiendo inocentemente que el peligro creado por la acción del autor se materialice en el daño buscado..."

Si bien no está muy clara en esta sentencia la aceptación del topos de la diferenciación (especialmente, a qué se refiere al hablar de la "tesis de la asunción del riesgo"), sí lo está la incorporación de la idea de que no puede excluirse la imputación objetiva -de modo plenamente coincidente con la postura desarrollada por **Roxin**- porque el consumidor (continúa...)

## II. Fundamentos y crítica

-----

Está claro que la diferenciación entre casos de "participación en una autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro" necesita de una fundamentación para poder justificar el tratamiento jurídico dispar previsto para los dos grupos de casos, si se pretende que la construcción sea algo más que una propuesta de mera clasificación fenomenológica de diversos supuestos. Por ello, se ha señalado con razón que la distinción entre los dos grupos de casos, con su régimen jurídico diferenciado, no puede ser más que la conclusión derivada de una determinada fundamentación, pero en ningún caso es parte de esa fundamentación<sup>384</sup>. En este sentido, cabe observar dos líneas argumentativas: por un lado, una deducción formal -a la que ya se ha aludido<sup>385</sup>- realizada en la jurisprudencia y doctrina alemanas a partir de la regulación jurídico-positiva de la intervención en el suicidio en el § 216 StGB, que sólo penaliza la ejecución de la muerte por parte del interviniente en un suicidio ajeno (el así llamado "argumento de la participación"). Por otro, diversas

---

<sup>383</sup> (...continuación)

no conocía el riesgo específico derivado de la gran pureza del estupefaciente.

De todos modos, debe señalarse que después de tan modernas (desde el punto de vista de la evolución dogmática) reflexiones, la resolución pasa (con un escueto "desde otra perspectiva") a resolver el caso sobre la base de la doctrina de la concurrencia de culpas (cfr. *supra* § 4 I.), sin especificar en ningún momento cómo pueden ser compatibles aproximaciones tan dispares.

<sup>384</sup> **Dach**, NSTz 1985, p. 24; **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, p. 7.

<sup>385</sup> Cfr. *supra* § 2 II.

argumentaciones que pretenden hacer valer una diferencia cualitativa entre ambos grupos de casos, mediante la aplicación de estructuras de autoría y participación a los casos que aquí interesan. En todo caso, se ha de advertir una vez más que muchos autores que han incorporado la diferenciación a sus respectivas construcciones no ofrecen una fundamentación de su uso, sino que parecen apoyarse en algún tipo de evidencia intuitiva para separar las dos constelaciones de casos. A continuación, se examinará primero la argumentación formal a partir del § 216 StGB ofrecida por gran parte de la doctrina y jurisprudencia alemana. Posteriormente, se hará referencia a aquellas argumentaciones que desde diversas premisas pretenden aplicar estructuras de autoría y participación a los supuestos de intervención de la víctima por razones de índole material, con especial atención a las aportaciones de **Luzón Peña** en España y la más reciente de **Walther** en la doctrina alemana.

#### **A. El "argumento de la participación"**

##### **1. Utilización**

En la argumentación utilizada por **Roxin** para fundamentar su construcción aparece, como se ha visto, una estructura de deducción que se edifica sobre la base de la limitación (específica del Derecho alemán) de la punibilidad de quien in-

terviene en un suicidio ajeno en el § 216 StGB a la ejecución por parte del tercero<sup>386</sup>: partiendo de la atipicidad de la autolesión/autopuesta en peligro se sostiene que también la participación en ésta ha de ser impune. Se trata del así llamado -en la doctrina alemana- argumento de la participación, que fue desarrollado con anterioridad por parte de la jurisprudencia alemana -si bien en un contexto sistemático, dominado sobre todo por el eclecticismo, distinto al de la teoría de la imputación objetiva en el que lo utiliza Roxin- en dos pasos partiendo de la premisa de la situación normativa creada por el § 216 StGB. De la atipicidad del suicidio sigue la impunidad de la participación dolosa en el suicidio en cuanto participación (por aplicación del § 216 StGB y de las normas generales de participación, §§ 26 y ss. StGB<sup>387</sup>). De este paso se dedujo a su vez la impunidad de la participación imprudente en el suicidio<sup>388</sup>: si es impune la participación dolosa en el suicidio, "con mayor razón" ha de ser-

---

<sup>386</sup> Prescindiendo aquí de aquellas posturas -muy minoritarias- que han querido fundamentar, por distintas vías, la punibilidad de la participación en el suicidio en el ordenamiento alemán, lo que implicaría -de ser cierto- la desaparición de la base del argumento.

<sup>387</sup> Así ya RGSt 70, pp. 313 y ss., 315.

<sup>388</sup> BGHSt 24, pp. 342 y ss., 344; se trataba de un caso en el que un agente de policía había dejado por descuido su pistola cargada sobre el salpicadero del automóvil en el que acompañaba a una mujer con la que mantenía estrechas relaciones, después de haber consumido considerables cantidades de alcohol junto a ella, y conociendo su estado depresivo y la circunstancia de que ella había realizado varios intentos de suicidio. Mientras la mujer conducía el coche, y con ocasión de la interrupción de la marcha del vehículo, ella cogió repentinamente el arma y se suicidó; cfr. el análisis crítico respecto de la argumentación de la sentencia hecho por Welp, JR 1972, pp. 427 y ss.

lo la intervención imprudente<sup>389</sup>. Y esta posición finalmente se completó en el sentido de sostener que también la participación (dolosa o imprudente) en la autopuesta en peligro ha de ser impune<sup>390</sup>. En esta medida, la argumentación de **Roxin** y sus seguidores sigue a la de la jurisprudencia e invoca expresamente este argumento a *maiore ad minus*<sup>391</sup>.

<sup>389</sup> En este sentido, por ejemplo, **Roxin**, FS Tröndle, p. 186.

<sup>390</sup> BGHSt 32, pp. 262 y ss., 265; se trata de la sentencia antes citada de la entrega de una jeringuilla para consumir heroína; cfr. el supuesto de hecho supra § 1 II. A. 2. y las referencias de los comentarios a esta resolución supra en nota.

<sup>391</sup> Por ejemplo, lo hace **Roxin**, FS Gallas, p. 246; en ese sentido también posteriormente *idem*, AT I<sup>2</sup>, 11/40, 11/86; *idem*, NSTZ 1984, p. 411; *idem*, FS Tröndle, pp. 185 y s.; *idem*, CPC 1989, pp. 162 y s.; *idem*, Política criminal y estructura del delito, p. 70; *idem*, Chengchi Law Review 50 (1994), p. 224; el argumento ya había sido utilizado con anterioridad en la doctrina: cfr., por ejemplo, **Kitzinger**, JW 1920, p. 922, respecto del caso del salto del avión (vid. el supuesto de hecho de esta resolución supra § 1 II. A. 7.), combinando el *argumentum a maiore ad minus* con la idea de interrupción del nexo causal; en términos prácticamente coincidentes con la argumentación de **Roxin**, llegando también a dar el último paso hasta la "autopuesta en peligro", la argumentación aparece ya apuntada en un trabajo de **Exner**, FG Frank I, pp. 590 y s. Cfr. también las afirmaciones apoyadas en el argumento de la participación, por ejemplo, en **Dreher/Tröndle**, StGB<sup>45</sup>, n.m. 4 previo al § 211; **Lackner**, StGB<sup>20</sup>, n.m. 11 previo al § 211; **LK<sup>11</sup>-Schroeder**, § 16 n.m. 183; **SK-Rudolphi**, n.m. 81 a previo al § 1; *idem*, JZ 1991, p. 573; **S/S<sup>24</sup>-Eser**, n.m. 35 previo a los §§ 211 y ss., § 216 n.m. 11 a; **Stratenwerth**, AT I<sup>3</sup>, n.m. 774; **Krey**, BT 1<sup>10</sup>, n.m. 128: cabe realizar la deducción "sin más"; **Kühl**, AT, 4/87; en el mismo sentido respecto del ordenamiento alemán, el autor austriaco **Burgstaller**, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 121, nota 128; vid. también **Schünemann**, JA 1975, p. 720, quien habla de un "alto grado de evidencia" del argumento de participación; *idem*, NSTZ 1982, pp. 61, 62; *idem*, en: **Busch/Heckmann/Marks** (ed.), HIV/AIDS und Straffälligkeit, p. 127; *idem*, en: **Szwarc** (ed.), AIDS und Strafrecht, p. 13; **Bottke**, Suizid und Strafrecht, pp. 236 y ss.; **Horn**, JR 1984, p. 513; **W. Hassemer**, JuS 1984, p. 724; **Dölling**, GA 1984, p. 77; **Seier**, JA 1984, p. 534; **Eschweiler**, Selbstgefährdung, pp. 16 y ss.; **Fiedler**, Fremdgefährdung, p. 45.

Aunque la configuración de nuestro Código -que, como es sabido, incrimina determinadas modalidades de intervención en un suicidio ajeno, además de la ejecución- invalida ya de entrada el argumento de la participación en lo que se refiere a la producción de la muerte, sin embargo, cabría pensar en su aplicación respecto de las lesiones: así lo tomó en consi-

(continúa...)

## 2. Análisis

Sin embargo, como se verá a continuación, esta argumentación -incluso con independencia de la naturaleza general<sup>392</sup> de la figura del argumento *a maiore ad minus*- descansa sobre presupuestos internos incoherentes. Para demostrar que ello es así, ha de realizarse un análisis algo más pormenorizado del esquema de deducción que se encuentra detrás de la afirmación, frecuentemente apodíctica, del argumento. Para ello, puede quedar incluso fuera de consideración la cuestión de si el esquema de argumentación es correcto en la suposición implícita de que es "más" la participación dolosa que la participación imprudente (expresada en la afirmación acabada de reproducir de que si es impune la participación dolosa ha de serlo "con más razón" la participación imprudente)<sup>393</sup>.

---

<sup>391</sup> (...continuación)

deración ya **Luzón Peña**, notas a **Roxin**, *Problemas básicos*, p. 189; en sentido similar **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 356, 357 y s.; sobre el argumento de la participación en relación con el CP español, vid. también a continuación en el texto.

<sup>392</sup> Sobre la naturaleza lógica del argumento *a maiore ad minus* (argumento lógico-formal, argumento meramente retórico necesitado de complementos valorativos), cfr., por todos, las exposiciones de **Larenz**, *Methodenlehre*, pp. 263 y s.; **Alchourrón**, "Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari", en: *idem/Bulygin*, *Análisis lógico y Derecho*, pp. 3 y ss., 9 y ss.; **Spendel**, *JuS* 1974, pp. 750 y s.; **Rodríguez Mourullo**, *Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, pp. 31 y ss., todos con referencias.

<sup>393</sup> Centran su crítica del argumento de la participación -partiendo de una diferencia cualitativa del injusto del delito doloso y del imprudente-, por ejemplo, **Spendel**, *JuS* 1974, pp. 750 y s.; **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 74 y ss. Cfr. también en esta línea **Neumann**, *JA* 1987, p. 248.

Esta cuestión, sin embargo, no puede ser decisiva, ya que no afecta a la última formulación de la doctrina desarrollada por **Roxin** (aparte de que (continúa...))



Pues como se verá, ya analizando la argumentación desde otra perspectiva distinta -desde la perspectiva de cuál es el "injusto" en el que se "participa" por parte del autor en cada uno de los pasos de deducción- se advierte que el argumento no resulta convincente.

**Larenz** entiende que la figura del *argumentum a maiore ad minus* está "estrechamente emparentada" con la analogía<sup>394</sup>. Concretamente, hay que entender que la argumentación que aquí se discute es una modalidad de "analogía individual"<sup>395</sup>, es decir, implica el traslado de una regla existente respecto de un supuesto de hecho a otro supuesto de hecho similar, es decir, en el presente contexto, equivalente en el plano valorativo.

Formulada en términos lógicos, la argumentación que aquí interesa puede ser descrita del siguiente modo: Si es impune la participación en un suicidio (= x), ha de serlo también la participación en una

---

<sup>393</sup> (...continuación)

desde la perspectiva aquí defendida, son ya determinantes otras contradicciones internas que se exponen a continuación en el texto). Pues **Roxin** ubica la cuestión en el marco de la teoría de la imputación objetiva; la diferenciación, por tanto, rige también respecto de conductas en las que en el lado del autor habría "dolo" (cfr. sólo AT I<sup>2</sup>, 11/85, 11/87 [autopuesta en peligro] y 11/103 [heteropuesta en peligro]).

<sup>394</sup> *Methodenlehre*, pp. 263, 264.

<sup>395</sup> Por contraposición con la "analogía global" como establecimiento inductivo de un principio general sobre la base de distintos casos individuales; cfr. **Larenz**, *Methodenlehre*, pp. 258 y ss.

autopuesta en peligro (= y)<sup>396</sup>. Parece claro -como ha destacado **Alchourrón**<sup>397</sup>- que este esquema de argumentación contiene una premisa implícita que puede descomponerse en dos momentos: en primer lugar, ha de existir una relación entre x e y que exprese una gradación: en nuestro caso, que x sea un *maius*<sup>398</sup>. En segundo lugar, además, es preciso que la propiedad que se atribuye a través del argumento, en nuestro caso, la impunidad, se traslade en todo caso con la existencia de la relación (en este caso: más grave que)<sup>399</sup>.

Dicho en la terminología de la hermenéutica jurídica habitual, es necesario constatar, por lo tanto, dos elementos implícitos del razonamiento: En primer lugar, la "característica común" (supuesto de hechos similares, en este caso, presentando además una relación de gradación) de ambos supuestos de hecho para después comprobar, en segundo lugar, que la *ratio legis* resulta aplicable al segundo supuesto de hecho (que no existen razones para excluir la aplicación de la *ratio legis* al segundo supuesto<sup>400</sup>, es decir, que es cierto que la relación traslada en todo caso la propiedad). En este sentido, el *argumentum a maiore ad minus* se caracte-

---

<sup>396</sup> Es decir,  $I \quad x \rightarrow I \quad y$  Cfr. sobre esto **Alchourrón**, en: **idem/Bulygin**, *Análisis lógico y Derecho*, pp. 10 y ss.

<sup>397</sup> En: **idem/Bulygin**, *Análisis lógico y Derecho*, pp. 11 y ss.

<sup>398</sup> Es decir, que el esquema es en realidad:  $I \quad x$  (premisa implícita:  $x > y$ )  $\rightarrow I \quad y$

<sup>399</sup> Sintéticamente: que además sea cierto que "quien puede [impunidad] lo más puede [impunidad] lo menos"; cfr. **Alchourrón**, en: **idem/Bulygin**, *Análisis lógico y Derecho*, pp. 11 y s.

<sup>400</sup> **Larenz**, *Methodenlehre*, pp. 255 y ss., 258 y ss.

riza por el hecho de que, en el segundo paso, la *ratio legis* "afecta incluso en mayor medida" al segundo supuesto de hecho que al primero<sup>401</sup>. Traduciendo en este sentido el razonamiento del "argumento de la participación", puede decirse entonces que afirma en realidad lo siguiente: a) la participación en el suicidio es impune; b) la "participación en una autopuesta en peligro" es un supuesto similar; c) la *ratio legis* de la impunidad de la participación en el suicidio resulta aplicable aún en mayor medida respecto de la participación en una "autopuesta en peligro".

Sin embargo, los pasos requeridos para el *argumentum a maiore a minus* no pueden darse. En primer lugar, desde la perspectiva de la configuración objetiva del comportamiento, los supuestos de intervención junto a la víctima no son supuestos similares ni siquiera en su parte expresa (es decir, "participación" en el suicidio no es igual a "participación" en una autopuesta en peligro). En segundo lugar, la *ratio legis* de las normas sobre la intervención en el suicidio no es determinante en este ámbito (la relación no es de gradación; la propiedad no se traslada con la relación):

En primer lugar, ya el razonamiento explícito acerca del similar carácter de los supuestos, aparentemente una mera constatación formal, en realidad incorpora una subsunción

---

<sup>401</sup> Larenz, *Methodenlehre*, p. 263.

encubierta de contenido material. Partiendo de que el comportamiento típico descrito en el § 216 StGB se refiere a conductas de autoría (mejor dicho: de ejecución de la muerte<sup>402</sup>), se deduce que otras formas de intervención en el suicidio son impunes ("participación"). Pero ¿cómo se determina que puede trazarse una delimitación paralela en el ámbito de la puesta en peligro a la existente entre "ejecución" (= autoría) - "mera participación" (= participación impune) en el del suicidio?<sup>403</sup>

¿Pues cómo se fundamenta que esa distinción es relevante (de modo similar a como se establece en el ámbito del § 216 StGB) a la hora de establecer determinadas consecuencias jurídicas<sup>404</sup>? En este sentido, se ha dicho con razón que la circunstancia de que no concorra un hecho principal, no siendo posible, por tanto, "participación", no dice nada

---

<sup>402</sup> Pues si se toma como punto de referencia no la ejecución, sino el hecho conjunto del suicidio, puede considerarse que desde el punto de vista material la intervención consistente en ejecutar el suicidio de otro es un supuesto especialmente tipificado de participación no accesorio: por eso, el art. 143.3 CP se refiere a la ejecución del suicidio como "cooperación" que llega "hasta el punto de ejecutar la muerte". En este sentido respecto de la regulación alemana **Jakobs**, AT, 21/30.

<sup>403</sup> Con independencia de que, de hecho, respecto de los delitos imprudentes ello rompe dentro de la doctrina alemana con el -mayoritario- concepto unitario de autor, sostenido también por los partidarios de la distinción que aquí se somete a análisis; cfr. sobre esto *infra* en el texto.

<sup>404</sup> Aún en un ordenamiento como el español, en el que se ha admitido en ocasiones la posibilidad de participación imprudente, habría que determinar si tiene sentido llevar a cabo esta distinción -con las consecuencias jurídicas que fueran- en un ámbito en el que uno de los sujetos que intervienen es precisamente el titular del bien que va a resultar dañado. Sobre esta cuestión cfr. *infra* en el texto.

acerca de la posible imputación a título de autor del comportamiento<sup>405</sup>.

Por otra parte, en segundo lugar, se ha señalado frecuentemente que la fijación de los términos "maior" y "minor" (referidos, en el esquema antes esbozado, a la incluso "mayor" adecuación de la *ratio legis* al segundo supuesto) es incorrecta<sup>406</sup>. En este sentido dice **Puppe** que la autolesión es una "disposición válida", mientras que la "autopuesta en peligro" no es un *minus*, sino en cierto sentido, un "*maius*", ya que no se dispone sobre el objeto de bien jurídico (es decir, que el ejercicio de autonomía puede ser de menor peso en este caso): "...el error en el argumento... se enmascara porque toda la cuestión se ejemplifica sobre la base del caso de la participación en el suicidio..., es decir, en un caso de disposición sobre un bien jurídico propio en el que el ordenamiento jurídico está tan inseguro que lo trata de

---

<sup>405</sup> **AK-Zielinski**, §§ 15, 16 n.m. 104; **Herzberg**, JuS 1984, p. 938; **idem**, JA 1985, pp. 269 y s.; **Fünfsinn**, StV 1985, p. 57; **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 3 y s., 159; **idem**, NSTZ 1992, p. 5 con nota 53; **idem**, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 129; **Donatsch**, ZStrR 105 (1988), p. 376; **Hugger**, JuS 1990, p. 974; **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 74 y ss., 77 y s., 123; **Derkzen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 37 y ss.; **idem**, NJW 1995, p. 241; **Freund**, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, p. 197, nota 13; **Zazczyk**, *Selbstverantwortung*, p. 7.

<sup>406</sup> También se han mostrado críticos con la corrección del mecanismo de deducción del argumento de la participación, para el ámbito de la intervención en el suicidio, y desde distintas perspectivas, **Welp**, JR 1972, p. 428; **Blei**, JA 1974, p. 320; **Geilen**, JZ 1974, p. 145; **Spendel**, JuS 1974, pp. 750 y ss.; **Sax**, JZ 1975, pp. 145 y s.; **Schilling**, JZ 1979, pp. 159 y ss.; **Herzberg**, JA 1985, pp. 269 y s.; **Neumann**, JuS 1985, pp. 678 y s.; **idem**, JA 1987, pp. 246 y s., 248; **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 74 y ss.

modo excepcional y también inconsecuente."<sup>407</sup> En sentido similar ya se manifestó Otto: [la diferenciación] "...no es trasladable a la situación de puesta en peligro, pues en este ámbito a la acción inmediata de puesta en peligro no le corresponde el carácter de una decisión consciente acerca de la destrucción de un bien jurídico valioso."<sup>408</sup>

También desde la perspectiva aquí adoptada, la debilidad decisiva de la deducción estriba en que parte de que no existe diferencia cualitativa en el injusto de los tipos penales que incriminan la intervención en el suicidio y los tipos de homicidio: éstos se tratan como preceptos intercambiables<sup>409</sup>, al no reconocerse diferencia alguna entre los ámbitos de "lesión" y de "puesta en peligro"<sup>410</sup>. Pero un análisis del injusto de estas normas penales revela que no se trata de un injusto equivalente a la de cualquier heterolesión, sino que constituye un injusto con rasgos peculiares:

---

<sup>407</sup> NK-Puppe, n.m. 166 previo a los §§ 13 y ss.

<sup>408</sup> Jura 1984, p. 540.

<sup>409</sup> Cfr. sólo la invocación expresa del § 216 StGB hecha por Roxin al justificar la diferenciación (FS Gallas, p. 250); paradigmático también Eschweiler, Selbstgefährdung, p. 31: la delimitación entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, en su opinión, debe llevarse a cabo de modo "exactamente igual" que la correspondiente distinción entre participación en el suicidio y homicidio a petición.

<sup>410</sup> Así lo señala expresamente Da Costa Andrade (Consentimento e acordo, p. 291, nota 42) al sumarse a la postura de Roxin; en sentido similar, Prittwitz, NJW 1988, p. 2942.

un *aliud* respecto del ámbito de la puesta en peligro<sup>411</sup>. Por tanto, la argumentación pretende aplicar una *ratio legis* que no resulta aplicable, o dicho de otro modo, afirma implícitamente la existencia de una relación necesaria de gradación que no existe.

En este sentido, es significativo que el propio **Roxin** haya contestado<sup>412</sup> a la cuestión de si la valoración de los supuestos de participación en una autopuesta en peligro habría de ser distinta en ordenamientos en los que sí sea punible el auxilio al suicidio afirmando que en su opinión los problemas de imputación no varían en esos ordenamientos, puesto que en ellos la inducción y el auxilio al suicidio "...son punibles como delitos autónomos con características propias (*sui generis*)", de modo que, en su caso, podría existir punibilidad por esas normas especiales, pero no punibilidad por delito de homicidio. Pero si ello es así para el propio **Roxin**, ¿por qué recurrir al *argumentum a maiore ad minus*?

El "argumento de la participación" relativo al § 216 StGB, por tanto, -con independencia de que no podría ser aplicado de modo directo en Derecho español<sup>413</sup>, que sí conoce la pu-

---

<sup>411</sup> Cfr. *supra* § 2 II.

<sup>412</sup> En la discusión recogida en *Chengchi Law Review* 50 (1994), p. 240.

<sup>413</sup> Cfr. las consideraciones ya citadas de **Cerezo Mir**, PG I<sup>d</sup>, p. 348 (*supra* § 2 II.), quien se refiere a la construcción de **Roxin**: "El que el  
(continúa...)"

nición de la participación en el suicidio (ni, como es natu-

<sup>413</sup>(...continuación)

sujeto pasivo haya creado dolosamente el peligro para su vida... no permite excluir la imputación del resultado al sujeto activo. . en un Código penal, como el nuestro, en el que se castiga (a diferencia de lo que sucede en el Código penal alemán) la inducción y auxilio (doloso, con dolo directo) al suicidio. Estamos ante una decisión político-criminal implícita en nuestro Código y que obliga a llegar a conclusiones distintas. En los supuestos de creación dolosa del peligro por otra persona, con el consentimiento de la víctima... es difícil admitir que no estén comprendidos en el ámbito de protección de la norma implícita en el homicidio culposo. cuando la vida no es en nuestro Código un bien jurídico disponible (como se deduce de la punición en el art. 409 del homicidio consentido) " En efecto, como han señalado **Luzón Peña** (notas a **Roxin**, *Problemas básicos*, p. 189) y **Peñaranda Ramos** (*La participación*, pp. 293 y s.), el uso del "argumento de la participación" puede tener el efecto en ordenamientos que sí conocen la incriminación de formas de participación en el suicidio no consistentes en ejecución de ofrecer un argumento a favor de la punibilidad de principio de los supuestos en cuestión. Sin embargo, como ya se ha señalado, desde la perspectiva aquí adoptada la especificidad de la ratio legis de las normas relativas a la intervención en el suicidio también invalida, precisamente y en la otra dirección, el argumento esgrimido por **Cerezo Mir** en este grupo de ordenamientos.

En todo caso, lo que queda claro -como ya se ha señalado supra § 2 II.- es que la relevancia que ha adquirido en la discusión alemana la peculiar estructura del § 216 StGB aconseja una cuidadosa selección de los argumentos adoptados en este contexto para una discusión desligada del Derecho positivo alemán. Por poner un ejemplo en este sentido, puede señalarse que no se entiende por qué razón traslada **De la Gándara Vallejo** (*Consentimiento*, pp. 153 y ss., 163 y ss.) a la discusión dogmática respecto de nuestro ordenamiento una de las fórmulas de delimitación propuestas en la doctrina alemana (concretamente, la desarrollada por **Jakobs** en función del § 216 StGB, en el sentido de estimar que el criterio decisivo para deslindar "autolesión" y "heterolesión" estriba en determinar quién actúa como último en posición de garantía, cfr. sólo **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 21/56 y ss., 21/58a; este traslado es tanto más incomprensible si se tiene en cuenta que el propio **Jakobs** indica expresamente que cree estar obligado a optar por esa diferenciación -a pesar de considerarla inadecuada de lege ferenda- precisa y únicamente por la situación de lege lata en el Derecho positivo alemán; cfr. **Jakobs** AT<sup>2</sup>, 7/129 y s.; *idem*, FS Kaufmann, pp. 466 y s.; *idem*, "La organización de autolesión y heterolesión", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*, I., esp. in fine, II., X.)

Por ello, hay que subrayar -aunque ello parezca evidente- que en nuestro contexto corresponde en realidad relevancia a aquellas líneas de argumentación en favor de la diferenciación -cfr. *infra* en el texto las construcciones desarrolladas por **Luzón Peña** o **Walther** y los elementos materiales desligados del argumento de la participación que están presentes también en la fundamentación propuesta por el sector encabezado por **Roxin**- que no se apoyan en el argumento ex § 216 StGB.



ral, en otros ordenamientos que incorporan tal previsión<sup>414</sup>) - no puede servir como base material para apoyar la construcción de la diferenciación entre "participación en una autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro" ni siquiera en un ordenamiento que, como el alemán, sitúa la frontera de la punibilidad en la ejecución de la muerte. Y ello, como se ha dicho, porque estas normas no pueden constituir la referencia a partir de la cual se configure la solución a los supuestos que está fuera de su ámbito de aplicación.

**B. ¿Diferencias cualitativas entre "participación en una autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro consentida"?**

**1. Planteamiento**

Pero podría pensarse que la diferencia entre "participar" en una autopuesta en peligro y ejecutar una heteropuesta en peligro consentida no tiene por qué deducirse -tampoco en ordenamientos como el alemán- de las normas especiales sobre participación en el suicidio, sino directamente del principio general de accesoriedad de la participación: pues si la autopuesta en peligro es sin duda un comportamiento atípico, y no existe norma especial (paralela al art. 143 CP) que

---

<sup>414</sup> En sentido similar respecto del ordenamiento austriaco, que también conoce una figura que incrimina el auxilio al suicidio, vid. **Burgstaller**, *Fahrlässigkeitsdelikt*, p. 121, nota 128.

incrimine la conducta de "participar" en esta autopuesta en peligro, tal participación debería ser impune.

Como se verá, este es también el contenido de fondo -más allá del "argumento de la participación"- del razonamiento de aquel sector de la doctrina alemana encabezado por **Roxin** que distingue entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida<sup>415</sup>.

Hay que señalar ya ahora, sin embargo, que para estos autores, ello supone -desde una perspectiva intrasistemática- el establecimiento de una regla especial en materia de autoría y participación<sup>416</sup>. Pues, como es sabido, la posición mayoritaria en Alemania -entre la que también se cuentan los principales defensores de la diferenciación que aquí interesa- sostiene para el delito imprudente un concepto unitario (en cuanto afirma que no pueden distinguirse intervenciones de autoría y de participación) de autor<sup>417</sup>. Se produce en-

---

<sup>415</sup> Cfr. sobre esto *infra* § 6 II. B. 1.

<sup>416</sup> Como es claro, en lo que se refiere a aquellos supuestos -sin duda alguna, más frecuentes- en los que el lado subjetivo del autor daría lugar a "imprudencia" respecto del posible resultado de lesión; recuérdese, sin embargo, que la diferenciación suele enmarcarse en la teoría de la imputación objetiva, y, en consecuencia, es aplicable también respecto de supuestos en los que el autor tendría "dolo" (cfr. **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/103)

<sup>417</sup> Cfr. por todos las argumentaciones de **LK<sup>11</sup>-Roxin**, § 25 n.m. 217 y ss.; **Jescheck/Weigend**, AT<sup>6</sup>, § 54 IV, § 61 VI. y las referencias recogidas por **Peñaranda Ramos**, *La participación*, p. 272, nota 67 y últimamente, desde la perspectiva de la autoría mediata, por **Hernández Plasencia**, *La autoría mediata*, pp. 321 y ss.

tonces, desde la perspectiva interna de este sector doctrinal, una derogación parcial del entendimiento de la autoría imprudente. Como se verá más adelante, respecto de la doctrina dominante de la diferenciación, dicho de modo resumido, se lleva a cabo una aplicación subrepticia de la teoría del dominio del hecho a este sector en lo que se refiere a las conductas imprudentes. Esto conduce en la práctica a lo

---

<sup>417</sup>(...continuación)

Sostiene en la doctrina alemana, sin embargo, de modo general la existencia material (en el Derecho vigente, punible en su opinión bajo el *nomen iuris* de autoría) de participación imprudente **Jakobs** (AT<sup>2</sup>, 21/111 y ss., respecto de la intervención en una autolesión, 21/114a; *idem*, La imputación objetiva, pp. 167 y s.; *idem*, GA 1996, 266 y s.). Partiendo de consideraciones normativas para el ámbito de la prohibición de regreso, ya **Welp** sostuvo una opinión contraria respecto de la argumentación paralela en el campo de la participación imprudente en un suicidio (JR 1972, p. 429); a partir del principio de autoresponsabilidad, cfr. la crítica -partiendo de una visión similar a la de **Jakobs**, pero centrada en la crítica del elemento extensivo (la punición de modalidades de mera participación) de la doctrina dominante- de **Schumann**, *Selbstverantwortung*, pp. 110 y ss.; desde la perspectiva que el desvalor de acción exige también en el ámbito de los delitos imprudentes una concepción restrictiva de la autoría -y como base de su propia propuesta para la problemática que aquí interesa, cfr. *infra* § 6 II. B., nota-, cfr. también la crítica al concepto unitario de autor de **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 117 y ss.

Como parece evidente, en la cuestión que aquí interesa no se ven expuestos al reproche de incoherencia quienes -defendiendo soluciones similares- no reconocen tal concepto unitario de autor, como es el caso de las construcciones de **Luzón Peña** o de **Walther** (cfr. *infra* § 6 II. B. 2. y 3., respectivamente)

En la doctrina española, cfr. -por todos- las valoraciones críticas o divergentes -sobre todo en atención a determinadas peculiaridades del Derecho positivo español en el CP 1973 a las que se aludirá a continuación en el texto- a la concepción mayoritaria en Alemania formuladas por **Rodríguez Mourullo**, *ComCP I*, p. 813; **Mir Puig**, *Adiciones a Jescheck*, PG, pp. 914 y s.; *idem*, PG<sup>3</sup>, pp. 397 y s.; **Luzón Peña**, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>, pp. 91 y s.; *idem*, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: *idem*, op. cit., pp. 107 y ss.; **Jorge Barreiro**, *La imprudencia punible*, pp. 121 y ss., 124; exhaustivamente, **Peñaranda Ramos**, *La participación*, pp. 272 y ss., 288 y ss., con ulteriores referencias en p. 272, nota 68. Sobre la situación en la doctrina española respecto de esta cuestión, y, en particular, respecto de la situación con el CP 1995, cfr. a continuación en el texto y las referencias *infra* en nota.

siguiente: tratándose de dos sujetos que colaboran de modo imprudente en la producción de una lesión a un tercero, habrá que imputar -conforme a esta concepción- el resultado a los dos a título de autor. Si esa misma colaboración, sin embargo, se produce entre dos sujetos de los cuales uno resulta lesionado, sí cabe diferenciar para estos autores, como se ha visto, entre autoría y participación. Sin entrar a valorar aquí el punto de partida (el concepto unitario de autor), es evidente que se produce una incoherencia interna en la construcción<sup>418</sup>. Pero no es esta incoherencia la que aquí interesa, sino la razón por la que aparece esta solución excepcional precisamente aquí. Y es que el hecho de que esta quiebra suceda precisamente en el ámbito de la intervención de la víctima es indicativo de que existe una razón normativa de fondo que diferencia este ámbito de los demás. Dicho de otro modo: este tratamiento excepcional del ámbito responde (implícita y acertadamente) a que la especial calidad de la intervención de la víctima en la actuación arriesgada impide una aplicación consecuente de un concepto unitario de autor (en el que cualquier intervención causal que infrinja el deber objetivo de cuidado pudiera dar lugar a responsabilidad). Otra cuestión es, sin embargo, si es pre-

---

<sup>418</sup> Señaló esto ya en relación con el argumento aplicado a la participación imprudente en suicidios **Welp**, JR 1972, p. 428; cfr. también **Spendel**, JuS 1974, p. 751. En este sentido, utilizando -pero desde la perspectiva de la defensa del concepto unitario de autor- esa incompatibilidad en contra de la distinción, por ejemplo, **NK-Puppe**, n.m. 166 previo a los §§ 13 y ss.; **Dach**, NSTZ 1985, p. 25; **Donatsch**, ZStrR 105 (1988), p. 375 y s.

cisamente la utilización de estructuras de autoría y participación la que permite un tratamiento adecuado.

Está claro, en todo caso, que están en condiciones de llegar con mayor facilidad a la conclusión de la impunidad de la "participación" en una autopuesta en peligro quienes sostienen en general -y no sólo en el sector de la autopuesta en peligro, como es el caso de **Roxin** y de la doctrina alemana que se ha sumado a su posición- un concepto restrictivo de autoría también en el ámbito de los delitos imprudentes<sup>419</sup>.

Dicho en palabras de **Mir Puig**:

"...quien induce a otro a llevar a cabo una actividad peligrosa para éste -p. ej., una escalada difícil-, no podrá ser castigado si se produce un accidente, porque su cooperación tropieza con el obstáculo de la atipicidad de la conducta del inducido matarse o lesionarse a sí mismo por imprudencia es atípico."<sup>420</sup>

---

<sup>419</sup> Cfr. por todos **Rodríguez Muñoz**, notas a **Mezger**, Tratado, p. 209; **Quintano Ripollés**, *Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, p. 333; **Rodríguez Mourullo**, ADPCP 1969, p. 480; *idem*, *ComCP I*, pp. 814 y ss.; **Mir Puig**, *Adiciones a Jescheck*, PG, pp. 914 y s. y las referencias de **Luzón Peña**, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>, pp. 93 y s. con notas 18 a 21; **Jorge Barreiro**, *La imprudencia punible*, p. 122, nota 58; **Cuerda Riezu**, ADPCP 1992, pp. 503 y ss., 506 y s.; **González Rus**, en: CGPJ (ed.), *Problemas de autoría*, pp. 100 y ss.

<sup>420</sup> **Mir Puig**, *Adiciones a Jescheck*, PG, p. 915; cfr. también *idem*, ADPCP 1991, p. 263, e *idem*, PG<sup>4</sup>, 14/36, 19/28; **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, pp. 318, 358 y s.; **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 356, 358 y s.; a la misma conclusión llega desde una perspectiva más general **Schumann** (*Selbstverantwortung*, pp. 110 y ss.) partiendo de que el principio de autoresponsabilidad impide la punición de la participación imprudente; sobre las concepciones de **Luzón Peña** y **Walther** cfr. *infra* en el texto.

De este modo, con ayuda del principio general de accesoriedad, se arribaría a la misma necesidad -al igual que la doctrina encabezada por Roxin y antes expuesta- de sistematizar de una determinada manera los grupos de casos: participación (impune) en la autopuesta en peligro y heteropuesta (en principio, punible) en peligro. En particular, en esta línea pueden encuadrarse -desde distintas perspectivas- las aportaciones hechas desde hace tiempo en España por **Luzón Peña** en el marco de la teoría de autoría y participación en el delito imprudente o de distintas voces dentro de la doctrina alemana que, distanciándose del dogma del concepto unitario de autor en el delito imprudente, pretenden resolver la problemática mediante una aplicación más "directa" de la distinción entre autoría y participación; entre éstas últimas, merece ser destacada la aproximación monográfica de **Walther**.

Sin entrar en la discusión acerca de la necesidad o no de distinguir formas de participación en el delito imprudente -y con independencia de que a continuación éstas se estimen punibles o no-, es necesario señalar que en lo que se refiere a la discusión española, no parece decisivo para esta cuestión el hecho de que en el nuevo Código penal de 1995 se haya producido el cambio del sistema del *numerus apertus* al del *numerus clausus* en la incriminación de la imprudencia (pues si se estimara que el nuevo texto legal impide desde un principio la distinción entre autoría y participación, perdería su base la ulterior argumentación basada en la impunidad de la participación imprudente, como, por ejemplo, la de **Luzón Peña**, como se observará a continuación).

En este sentido, es cierto que se había argumentado<sup>421</sup> en favor de la posibilidad de distinción entre autoría y participación también en los delitos imprudentes que la cláusula general de la imprudencia del art. 565 CP 1973 indicaba que se penaba la realización imprudente del mismo hecho (objetivo) que sería penado, en caso de concurrir dolo, en los correspondientes preceptos de la Parte Especial (de comisión dolosa). De este modo, quedaba claro -según los autores que defendían esta argumentación- que tampoco en el delito imprudente podía bastar una aportación causal cualquiera, sino que ésta debía reunir -al igual que en el delito doloso- las características propias de la autoría para ser calificada como tal, de manera que así quedaría demostrado que también en el ámbito del delito imprudente cabe distinguir entre autoría y participación.

El CP 1995, al tipificar expresamente las diversas infracciones imprudentes, sin embargo, utiliza distintas descripciones para los delitos dolosos e imprudentes. En efecto, y aproximando la redacción a la del StGB alemán<sup>422</sup>, el delito de homicidio doloso (art. 138 CP) se sigue refiriendo al que "matarse" (cfr. art. 407 CP 1973), pero el art. 142 CP habla del que "por imprudencia grave causare la muerte de otro". Esto, sin embargo, no implica de ningún modo que el Código haya optado expresamente

---

<sup>421</sup> Cfr. sólo Rodríguez Mourullo, ADPCP 1969, p. 480; *idem*, ComCP I, pp. 814 y ss.; Mir Puig, Adiciones a Jescheck, PG, pp. 914 y s.; *idem*, PG<sup>3</sup>, pp. 397 y s.; Luzón Peña, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente", en: *idem*, Derecho Penal de la Circulación<sup>2</sup>, pp. 91 y s.

<sup>422</sup> Cfr. los §§ 212 y 222 StGB: § 212. "Homicidio doloso. (1) Quien **mate** a una persona sin ser asesino, será castigado, como homicida, con pena privativa de libertad no inferior a cinco años. (2) En casos especialmente graves deberá imponerse pena privativa de libertad de por vida." § 222. "Homicidio imprudente. Quien **cause la muerte** de una persona por medio de imprudencia, será castigado con pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa." (sin subrayado en el original, como es claro).

por un concepto unitario de autor en los delitos imprudentes<sup>423</sup>. Tal entendimiento estaría atribuyendo un significado excesivo a las dos formulaciones, y, por otro lado, implicaría un auténtico "retroceso"<sup>424</sup>. Por el contrario, la discusión podrá seguir sobre la base de las razones de fondo que se consideren decisivas para optar por uno u otro concepto de autor. En este sentido, el punto de partida de la concepción que aquí interesa la posibilidad de la opción por un concepto restrictivo de autor también en los delitos imprudentes- no desaparece por la nueva codificación<sup>425</sup>.

Por otro lado, como se ha dicho, también para la doctrina encabezada por **Roxin** -para la cual el ámbito de la intervención junto a la víctima, como se acaba de exponer, es un sector en el que de modo extraordinario se deroga el concepto unitario de autor en los delitos imprudentes- existe un fundamento material -más allá del argumento de la participación del § 216 StGB- que permite distinguir y someter a un régimen jurídico divergente a los dos grupos de casos: la idea de dominio del acontecer, que trasladada al ámbito de la cointervención de víctima y autor se asentaría en que en un grupo de casos, el de la "participación en una autopuesta en peligro", la víctima "domina" el acontecer, mantiene las cartas en su mano, mientras que en el otro, el de la "hete-

---

<sup>423</sup> En contra de tal argumentación respecto del StGB alemán cfr. sólo la exposición de **Schumann**, *Selbstverantwortung*, pp. 111 y s.

<sup>424</sup> En expresión de **Mir Puig**, *PG*<sup>4</sup>, 14/33.

<sup>425</sup> Lo acabado de decir queda confirmado por la posición adoptada por **Mir Puig** en su obra sobre la Parte General después de la entrada en vigor del nuevo CP; cfr. **Mir Puig**, *PG*<sup>4</sup>, 14/32 y ss.



ropuesta en peligro", es el otro sujeto quien dirige el con-  
tecer arriesgado<sup>426</sup>. De hecho, ha de reconocerse que esta  
consideración está también en la base de la doctrina que ha  
aceptado la diferenciación, más aún que el mero argumento  
formal antes examinado derivado del Derecho positivo alemán.

En lo que sigue, en primer lugar se hará referencia a las  
propuestas antes aludidas -como ya se ha dicho, que parten  
de otros fundamentos, pero coinciden en las consecuencias-  
de aplicar estructuras de autoría y participación al proble-  
ma. A continuación se examinará el sustrato material de la  
diferenciación entre casos de "participación" y de "autoría"  
y se verificará la aplicación práctica de la diferenciación.  
Finalmente, se expondrán algunas reflexiones que desde la  
perspectiva aquí adoptada obligan a situar la cuestión fuera  
del contexto de la distinción de formas de autoría y de par-

---

<sup>426</sup> Hay que reseñar, sin embargo, que en alguna ocasión se ha pro-  
puesto diferenciar los dos grupos de casos no en atención a la idea de  
"dominio" de la situación, sino en función de un criterio temporal:  
según **Schünemann** (en: **idem/Pfeiffer** [ed.], *Die Rechtsprobleme von AIDS*,  
pp. 474 y s.; cfr. también **idem**, JR 1989, p. 90; **idem**, en: **Busch/Heck-**  
**mann/Marks** [ed.], *HIV/AIDS und Straffälligkeit*, p. 110; **idem**, en: **Szwarc**  
[ed.], *AIDS und Strafrecht*, p. 13), la distinción ha de asentarse en que  
en la participación en una autopuesta en peligro el comportamiento de la  
víctima siempre es posterior, mientras que en la heteropuesta en peligro  
el comportamiento de ambos es simultáneo. Este criterio de distinción  
con independencia de la poca relevancia que **Schünemann** asigna a la dife-  
renciación, como ya se ha señalado-, sin embargo, ya desde un principio  
carece de interés si se tiene en cuenta que no incorpora ninguna refe-  
rencia a la configuración material de la colaboración entre víctima y  
autor (en sentido similar, cfr. **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p.  
122; **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, p. 59, nota 196). Por ello, en el  
texto se analiza la opción -claramente mayoritaria- de **Roxin** por la  
distinción sobre la base de la idea (al menos, de carácter más material)  
de "dominio".

ticipación. Estas reflexiones conducen en última instancia a la conclusión que tanto la diferenciación más "tópica" desarrollada por **Roxin** y sus seguidores como los intentos de aprehender el campo fenomenológico desde la perspectiva de la participación tropiezan con un obstáculo de índole normativa que hace imposible su aplicación: la existencia de un ámbito de responsabilidad preferente del titular de los bienes puestos en peligro. Más allá de esta conclusión, se constatará que en última instancia el modelo propugnado por **Roxin** contiene en sí mismo de modo implícito los elementos para superar ese obstáculo: los criterios para considerar impunes ciertos supuestos de heteropuesta en peligro consentida.

## 2. Autoría y participación junto a la víctima y determinación objetiva del hecho en la concepción de *Luzón Peña*

Desde hace tiempo<sup>427</sup>, y en el marco general de la teoría del delito imprudente, **Luzón Peña** viene realizando una propuesta de construcción dogmática que en última instancia conduce a

---

<sup>427</sup> Cfr. **Luzón Peña**, *Notas a Roxin, Problemas básicos*, pp. 189 y s., en donde adelanta la construcción; **idem**, "Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes", en: **idem**, *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>, pp. 73 y ss., 79 y ss.; el desarrollo aparece prácticamente completo en **idem**, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente", en: **idem**, op. cit., pp. 81 y ss., pp. 88 y ss.; **idem**, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: **idem**, op. cit., pp. 105 y ss.; **idem**, voz "imputación objetiva", en: *Enciclopedia jurídica básica*, vol. II. (COR-IND), p. 3469; **idem**, *PG I*, pp. 507 y ss.

un tratamiento de los casos en cuestión similar al propuesto por la doctrina encabezada por **Roxin**<sup>428</sup>.

Sin embargo, el punto de partida de **Luzón Peña** es distinto del de **Roxin**. Mientras que éste, como antes se ha expuesto, propuso la figura de la "autopuesta en peligro" como un supuesto específico de exclusión de la imputación objetiva, **Luzón Peña** llega a la impunidad del sujeto que interviene junto a la víctima en función de consideraciones generales acerca de la teoría de la autoría en los delitos imprudentes. En la construcción de **Luzón Peña** -entroncando en este punto con otras voces de la doctrina española<sup>429</sup>-, también en los delitos imprudentes es posible diferenciar entre conductas de autoría y de participación<sup>430</sup>. Esta distinción debe llevarse a cabo desde su perspectiva a través del concepto de la "determinación objetiva del hecho" como elemento de la autoría de los delitos imprudentes de resultado, cualidad que corresponde a la conducta cuando "...marca y fija forzosamente el curso del hecho hacia a la producción del resultado típico, es decisiva, decide sobre el sí y el cómo del

---

<sup>428</sup> Como el propio **Luzón Peña** indica: (aún partiendo de un concepto unitario de autor, la opinión mayoritaria alemana [sc. la doctrina de la diferenciación desarrollada por **Roxin**] hace "...excepciones que llevan a los mismos resultados aquí obtenidos... Así por ejemplo... cuando la moderna doctrina alemana niega la imputación objetiva del resultado... si la conducta imprudente... contribuye a una autolesión o autopuesta en peligro de la propia víctima" (PG I, p. 511, sin subrayado en el original).

<sup>429</sup> Cfr. las referencias *supra* en nota.

<sup>430</sup> Cfr. sólo PG I, p. 507



curso del acontecimiento, y por ello determina objetiva y positivamente el hecho típico..."<sup>431</sup>. De este modo, la noción de "determinación objetiva del hecho" se convierte en la pieza de cierre del sistema de la teoría de la autoría, puesto que se configura como la base normativo-objetiva común tanto a la autoría en los delitos dolosos (concurriendo dolo, dominio del hecho) como de los imprudentes<sup>432</sup>.

En la concepción desarrollada por **Luzón Peña**, sin embargo, la participación imprudente -es decir, las contribuciones que no determinen objetivamente el hecho- no resultan punibles de modo general<sup>433</sup>, tanto en la regulación anterior<sup>434</sup>

---

<sup>431</sup> **Luzón Peña**, PG I, p. 509; con anterioridad, **Luzón Peña** hablaba del "dominio objetivo y positivo" del hecho, entendido éste como "la posición de control de hecho (con independencia de su intención) por parte del sujeto.. sobre la producción del resultado, pudiendo decidir positivamente el si y el cómo de la misma" (cfr. "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>, p. 92); posteriormente (*idem*, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: *idem*, op. cit., pp. 111 y ss.) introduce la denominación de "determinación objetiva del hecho" para evitar las connotaciones subjetivas que corresponden al término "dominio".

<sup>432</sup> Cfr. en ese sentido **Luzón Peña**, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>, pp. 110 y ss., especialmente 112 y s., 118; *idem*, PG I, p. 509, y, desde la perspectiva general de la teoría de la autoría, exhaustivamente **Díaz y García Conlledo**, *La autoría en Derecho penal*, pp. 625 y ss., 631 y ss.; cfr. también *idem*, Voz "autoría", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I (ABACOR), p. 697.

<sup>433</sup> Cuestión que desde la perspectiva del presente trabajo -al igual que la previa acerca de la posibilidad conceptual o jurídico-positiva de distinguir formas de autoría y de participación en el delito imprudente-, como se verá, puede quedar abierta.

<sup>434</sup> Cfr. la argumentación de **Luzón Peña** en "Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>, pp. 79 y s.; sobre todo *idem*, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente", en: *idem*, op. cit., pp. 89 y (continúa...)

como en la del Código penal de 1995<sup>435</sup>. De ahí deduce **Luzón Peña** -como se ha visto, con un argumento adicional al de la accesoriedad antes reseñado- que aquellos supuestos en los que la conducta del autor no determina objetivamente el hecho serían impunes por constituir tan sólo participación imprudente en la conducta de la víctima<sup>436</sup>.

### 3. Autoría y participación junto a la víctima en el modelo de *Walther*

Recientemente **Walther** ha presentado un trabajo monográfico en el que -si bien con referencia exclusiva a los delitos imprudentes- se efectúa un análisis en profundidad de la cuestión de la intervención de víctima y autor en actividades arriesgadas<sup>437</sup>. Puede decirse que en su estudio **Walther**

---

<sup>434</sup> (. . .continuación)

s., pp. 94 y ss.; *idem*, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: *idem*, op. cit., pp. 105 y ss., 121; se habían sumado a esta posición, por ejemplo, **Jorge Barreiro**, *La imprudencia punible*, p. 124; **Peñaranda Ramos**, *La participación*, p. 295.

<sup>435</sup> *PG I*, pp. 507 y ss.

<sup>436</sup> Cfr. "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>, p. 96; *idem*, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: *idem*, op. cit., p. 121, menciona supuestos en los que el "autor" (precisamente, para **Luzón Peña**, el partícipe impune) incita a la víctima a realizar conductas arriesgadas en el ámbito del tráfico viario; *idem*, *PG I*, p. 507; se han sumado a la solución de **Luzón Peña** respecto del ámbito concreto que aquí interesa **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, pp. 358 y s., respecto de algunos casos; **Paredes Castañón**, *El riesgo permitido*, pp. 56 y s., nota 57.

<sup>437</sup> *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken*, 1991.

realiza un desarrollo acabado -si bien desde una perspectiva dogmática distinta a la de la opinión dominante y aportando muchos elementos originales, como se verá a continuación- de la doctrina de la diferenciación entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro. La construcción propuesta por esta autora explicita muchas cuestiones que en la doctrina de la diferenciación, tal como ha sido sostenida en doctrina y jurisprudencia siguiendo fundamentalmente el influjo de **Roxin**, quedan sin resolver de modo expreso. En cierto modo, puede decirse que **Walther** lleva hasta sus últimas consecuencias la idea de la diferenciación<sup>438</sup>.

El punto de partida de **Walther** está, al igual que en la doctrina mayoritaria, en la distinción entre supuestos de participación en una autopuesta en peligro y de heteropuesta en peligro<sup>439</sup>, fundamentando esta distinción en que el principio de autoresponsabilidad establece como regla general -necesitada de una concreción jurídico-dogmática<sup>440</sup>- que debe

---

<sup>438</sup> En este sentido, las críticas que formula **Walther** (*Eigenverantwortlichkeit*, pp. 90, 126 y s., 145) frente a la doctrina mayoritaria encabezada por **Roxin**, afirmando que el marco sistemático de solución no puede estar en la imputación objetiva del resultado -cfr en el presente trabajo sobre esta cuestión *infra* § 9 I. B. 2. a)- dan la impresión de que la autora no da la relevancia necesaria al hecho de que también en la aproximación desarrollada por **Roxin**, al fin y al cabo, se distingue entre participación y autoría, como se ha expuesto *supra* en el texto.

<sup>439</sup> Cfr. sólo *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 128 y s.

<sup>440</sup> Cfr. sobre la posición de **Walther** en cuanto al principio de autoresponsabilidad y sobre la perspectiva aquí adoptada en esa materia *infra* § 8 II. C.

responderse en principio sólo por el comportamiento propio<sup>441</sup>.

Dentro de los casos de autopuesta en peligro -en los que la víctima también interviene-, que para **Walther**, como también para la doctrina mayoritaria -como antes se ha expuesto- "en principio" son impunes, **Walther** realiza un análisis más detenido para determinar cuándo el tercero debe responder o cuándo efectivamente debe quedar impune. Esta determinación, sin embargo, para **Walther** debe situarse por completo fuera de la teoría de la imputación objetiva, marco teórico en el que la diferenciación fue desarrollada por **Roxin** y quienes han asumido su propuesta<sup>442</sup>. En efecto, para establecer una tipología en ese sentido, **Walther** cree encontrar las herramientas -desde una perspectiva similar a la propuesta con anterioridad por **Luzón Peña** en España- en la teoría de autoría y participación<sup>443</sup>. El punto de partida de **Walther** para esta aproximación -en la que coincide materialmente con la doctrina encabezada por **Roxin**, como se ha dicho- es que la ejecución material fundamenta una especie de responsabilidad preferente, lo que supone que en el ámbito de las actividades arriesgadas conjuntas sólo pueden resultar típicas (para

---

<sup>441</sup> **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 80 y s.

<sup>442</sup> Cfr. la crítica en **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 90, 126, 145, 147.

<sup>443</sup> **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 90 y ss.

el autor-tercero) aquellas conductas que dan lugar a autoría:

"Quien crea **de propia mano-directamente** un riesgo, da lugar respecto de sí mismo una **presunción de responsabilidad principal** respecto de las consecuencias...", de modo que aplicando esto a la autopuesta en peligro "si el titular del bien jurídico ha creado **de propia mano-directamente** un riesgo para su bien jurídico, es cuasi 'autor contra sí mismo', y por ello responde en principio él mismo de las consecuencias. Por el contrario, una conducta que si bien tiene relevancia causal, pero sólo tiene carácter de participación... **al no constituir autoría**, en principio... carece de relevancia típica."<sup>444</sup>

El fundamento que **Walther** invoca para justificar la aplicación -analógica- de las normas legales de autoría y participación (que se refieren a la participación de varios en un delito) es el de una vinculación a "la peculiaridad... prejurídica, fenotípica de la relación entre autor y partícipe. Esta determinación fenotípica debe ser tomada en cuenta también en la valoración jurídica."<sup>445</sup> Por consiguiente, y como reverso de esta argumentación, cuando sí es el tercero el que ha creado de modo directo la conducta generadora de riesgo, en principio deberá responder. En estos casos de heteropuesta en peligro, sólo una neutralización por una

---

<sup>444</sup> **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 111, subrayado en el original; cfr. también pp. 140, 177, 231.

<sup>445</sup> **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 173.



constatación de la responsabilidad de la víctima puede exonerar al autor<sup>446</sup>. Se obtiene de este modo un régimen jurídico aún más diferenciado que el que resulta de la aplicación de la doctrina mayoritaria: partiendo de una primera distinción entre "intervención" en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro, en el ámbito de la "intervención" en una autopuesta en peligro habrá que distinguir además si esa intervención es constitutiva de autoría (y entonces, resulta punible) o si es una participación en sentido estricto (siendo entonces impune)<sup>447</sup>.

Para determinar en este ámbito si concurre "autoría" o "participación", **Walther** -y aquí reside esencialmente lo novedoso de su aportación-, apartándose abiertamente de la teoría unitaria autoría en delito imprudente<sup>448</sup>, trata de introducir los criterios de autoría y participación en este ámbito<sup>449</sup>. Para ello, el criterio esencial está en la comprobación acerca de si puede apreciarse que concurre una situación paralela a la autoría mediata<sup>450</sup>. Como es lógico, teniendo en cuenta que **Walther** limita su análisis a los su-

---

<sup>446</sup> **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 140 y s., 227 y ss.

<sup>447</sup> Cfr. sólo **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 142 y s.

<sup>448</sup> Cfr. **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 117 y ss.

<sup>449</sup> **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 112 y ss., 115 y s., 117 y ss., 123 y ss.

<sup>450</sup> **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 144 y ss., 172 y ss., 203 y s.

puestos de puesta en peligro imprudente, se toma como base una versión de la teoría del dominio del hecho cargada de elementos normativos, siguiendo sobre todo el criterio del "dominio sobre la decisión" desarrollado por **Jakobs**<sup>451</sup>. Aún así, el traslado de los criterios de la autoría mediata en estos supuestos exige una limitación del objeto de análisis a aquellos casos en los que existe al menos una colaboración dolosa entre autor y víctima respecto de la acción peligrosa<sup>452</sup>. El límite entre unas y otras conductas **Walther** quiere encontrarlo en el concepto de "fomento determinante del riesgo"<sup>453</sup>, exigiendo, por tanto, una determinada intensidad de la influencia del autor en la actividad paralela a la autoría mediata.

### C. Crítica de la diferenciación

#### 1. Carácter relativo de la distinción desde una perspectiva intrasistemática

Como se ha dicho, la idea de dominio de hecho -de delimitar formas de autoría y de participación por razones materiales

---

<sup>451</sup> Cfr. **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 21/62 y ss., y **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 156 y ss., 203 y s.; crítico con este aspecto en la construcción de **Walther** se muestra **Zaczyk**, GA 1993, pp. 241 y s.; cfr. también *infra* en el texto.

<sup>452</sup> Cfr. especialmente **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 173.

<sup>453</sup> **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 177, 204.

más allá de la deducción formal derivada del § 216 StGB- está también presente de modo implícito en la construcción de la autopuesta en peligro tal y como ha sido formulada en la doctrina y jurisprudencia alemanas mayoritarias. Es esta idea la que subyace a la siguiente afirmación de **Roxin**:

"No es lo mismo que organice con otro una carrera de motos imprudente y asuma que pueda tener un accidente por mi propia falta de cuidado, que permita que un conductor temerario me lleve sobre el portaequipajes."<sup>454</sup>

Claro está que esta consideración provoca inmediatamente la cuestión de cuál es la razón por la que "no es lo mismo" un comportamiento u otro<sup>455</sup>. Como se ha adelantado, la respuesta a esa afirmación está -en el caso de la doctrina mayoritaria que se ha sumado a la postura de **Roxin**- en la afirmación<sup>456</sup> de que en el segundo caso el suceso es "dominado" por el autor, estando más "indefensa" la víctima frente al

---

<sup>454</sup> FS Gallas, p. 250; cfr. la argumentación paralela de **Roxin** respecto de los casos de autolesión en *Täterschaft und Tatherrschaft*<sup>6</sup>, pp. 633 y s.; en sentido similar también **Herzberg**, JA 1985, p. 272. En la doctrina española, cfr. en el mismo sentido **Portilla Contreras** (CPC 1991, p. 705): "existe una diferencia básica entre ambos supuestos, en la autopuesta en peligro, el extraño tan sólo colabora, ayuda a la víctima... es el otro [el tercero no perjudicado] el que, en definitiva, causa finalmente la muerte".

<sup>455</sup> **Puppe** habla críticamente -y con razón, desde la perspectiva aquí adoptada- del "dogma cuasi de Derecho natural del carácter ajustado a Derecho de la participación en una autopuesta en peligro" (NK, n.m. 173 previo al § 13)

<sup>456</sup> Hecha, por lo demás, sin una invocación explícita de la teoría del dominio del hecho.

riesgo que en el caso de la autopuesta en peligro<sup>457</sup>. Pues como se verá, hay casos en los que fenomenológicamente es el autor quien ejecuta la acción generadora del riesgo y que, sin embargo, de modo evidente sí "son lo mismo" -dicho de modo no técnico-, es decir, casos en los que el dato de quien ejecuta directamente el comportamiento generador del riesgo aparece ya intuitivamente como irrelavante.

Lo cierto es que el propio **Roxin** es consciente de que la distinción no puede ser una barrera tajante, y de ahí el tratamiento en cierto modo difuso que propone para esta categoría de la "heteropuesta en peligro": este tratamiento revela que también para **Roxin** la diferenciación carece de carácter fundamental. Pues en su propia concepción existe, como se ha dicho antes al exponer la construcción de **Roxin**<sup>458</sup>, la posibilidad de equiparar ambas categorías, de modo que en algunos casos que en realidad pertenecen al grupo de las "heteropuestas en peligro" puede considerarse que equivalen a una "participación en una autopuesta en peligro" y son, por lo tanto, impunes. Está claro que ya de entrada cabe dudar de la validez de una construcción dogmática que después de establecer dos categorías, dos grupos de casos en

---

<sup>457</sup> **Roxin**, AT I<sup>1</sup>, 11/86 y ss., 11/100; cfr. la argumentación paralela de **Roxin** respecto de los casos de autolesión en *Täterschaft und Tatherrschaft*<sup>6</sup>, pp. 633 y s.

<sup>458</sup> Cfr. *supra* § 6 I. A.; también **Walther** (*Eigenverantwortlichkeit*, pp. 227 y ss., 236 y ss.) propone considerar impunes determinados supuestos de "heteropuesta en peligro".

los que se proponen tratamientos jurídicos distintos, a renglón seguido admite que las fronteras entre ambas carecen de una definición conceptual clara y requieren, por el contrario, de un análisis casuístico.

Pues, de hecho, al examinar los presupuestos que **Roxin** propone para realizar la mencionada equiparación entre "participación en una autopuesta en peligro" y "heteropuesta en peligro", rápidamente se constata que el primero no es un criterio para delimitar las dos categorías, sino que en realidad va de suyo, se trate de "autopuesta en peligro" o "heteropuesta en peligro consentida". En efecto, como se dijo, según **Roxin**, el daño debe "ser consecuencia del riesgo que se corre y no de otro"<sup>459</sup>: por supuesto, sólo el riesgo asumido conjuntamente es relevante<sup>460</sup>, pues de otro modo no ha-

---

<sup>459</sup> Cfr. FS Gallas, p. 252.

<sup>460</sup> Así, por ejemplo, **Schünemann** (JA 1975, p. 723) utiliza para ello el término de "imprudencia en exceso" (por parte del autor), mientras que **Puppe** (NK, n.m. 182 previo a los §§ 13 y ss.) afirma que un "riesgo no permitido adicional" (distinto del asumido por la víctima) puede dar lugar a que se afirme la responsabilidad del autor. Esta fue la cuestión que el TS -acertadamente, como se verá (cfr. *infra* § 9 I. A. 4. a)- consideró decisiva a la hora de resolver el supuesto de una apuesta consistente en que uno de los intervinientes debía disparar sobre una botella mientras otro (la posterior víctima) bebía de ella, en la ya citada STS 17.7.1990 (RA 6728; cfr. el supuesto de hecho *supra* § 1 II. B. 8.). Nótese, además, como ya se ha señalado, que el TS se sirve de la terminología acuñada por **Roxin**: "Pero además porque... en los casos en los que una acción peligrosa que conduce al resultado por un fallo en la ejecución llevada a cabo por el otro, la doctrina entiende que no cabe establecer una total equivalencia entre la auto-puesta en peligro y el consentimiento de la acción peligrosa ajena. En los hechos probados es indudable que el procesado disparó 'en el instante en que aquél (la víctima) efectuaba un movimiento con el cuerpo para limpiarse algo de vino que le había caído encima'. Al disparar de esta manera el recurrente introdujo, sin previo aviso del momento de la acción un fac-

(continúa...)

bría conexión alguna entre el comportamiento de la víctima y los posibles efectos exoneratorios respecto del actuar del autor por razón de aquel (se trataría de una especie de "versari in re arriesgada" para la víctima). El segundo criterio es, en realidad, tautológico: según Roxin, el sujeto que corre el riesgo debe ser igual de responsable que el otro de lo que sucede<sup>461</sup>; y ¡precisamente se trata de determinar de quién responde de qué!<sup>462</sup>

El tercero de los requisitos formulados por Roxin, relativo a que la víctima debe ser consciente del riesgo<sup>463</sup>, pertenece en realidad al planteamiento de una especie de "consentimiento atenuado", como ya se ha señalado<sup>464</sup>. En este sentido, no queda del todo claro cuál es la relación que se propone entre el consentimiento "tradicional" y este requisito de la figura de la autopuesta en peligro<sup>465</sup>.

---

<sup>460</sup> (...continuación)

tor elevador del riesgo consentido que excluye la equivalencia que podría haber eliminado la imputación objetiva."

Cfr. sobre esta cuestión de las desviaciones del riesgo conjuntamente asumido por parte de uno de los intervinientes *infra* § 9 I. 4. a)

<sup>461</sup> FS Gallas, p. 252.

<sup>462</sup> Sobre el grado de responsabilidad de la víctima vid. en el presente estudio *infra* § 10 II. A.

<sup>463</sup> FS Gallas, p. 252.

<sup>464</sup> Cfr. *supra* § 5 II. B. 1. y sobre el problema material de los (desniveles entre los) conocimientos de autor y víctima *infra* § 10 II. B.

<sup>465</sup> Así lo constata, por ejemplo, W. Frisch, NStZ 1992, p. 4; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 126.

Esta cierta falta de claridad ha conducido a que en ocasiones se interprete la doctrina de la autopuesta en peligro como nueva modalidad den-  
(continúa...)

En última instancia, parece que la posibilidad de la "equiparación" que se deja abierta es una vía de escape<sup>466</sup> para solucionar -como se intentará demostrar a continuación- aquellos casos que evidencian, en primer lugar, que la diferenciación carece de su pretendido valor normativo ("no es lo mismo...") o que, en segundo lugar, la diferenciación no resulta practicable, ya en el plano ontológico. Lo que sucede, dicho de modo sintético, es que tanto los supuestos de participación en una autopuesta en peligro pueden generar responsabilidad para el tercero<sup>467</sup> como que los supuestos de

---

<sup>465</sup> (. .continución)

tro de la institución del consentimiento (así parece que lo hace **Molke-tin**, NZV 1989, pp. 80 y s.), a pesar del tajante rechazo de **Roxin** a esta vía de solución (cfr. sólo AT I<sup>2</sup>, 11/98). En todo caso, está claro que la propuesta de **Roxin** se sitúa ya con claridad fuera del ámbito de la institución del consentimiento; en este sentido, puede decirse que el requisito de la ausencia de desnivel de conocimientos en el marco de la doctrina de **Roxin** en cierto modo incorpora un sustrato material atenuado de lo que es el consentimiento en sentido estricto (cfr. *supra* § 5 II. B. 1.). Pero lo que carece de sentido es la formulación de una crítica inmanente a la concepción de **Roxin** desde las premisas de la teoría del consentimiento en sentido estricto (como lo hace **De la Gándara Vallejo**, *Consentimiento*, pp. 144 y s.): pues la doctrina de la autopuesta en peligro está situada expresamente fuera de ese marco, es más, el propio **Roxin** enuncia -acertadamente, desde la perspectiva aquí adoptada- la inviabilidad del consentimiento en este contexto como una de las razones que muestran la necesidad de un ulterior desarrollo dogmático (cfr., por ejemplo, AT I<sup>1</sup>, 11/98)

<sup>466</sup> Cuya relevancia cuantitativa, por lo demás, no está nada clara. Así, mientras el TS (STS 17.7.1990 [RA 6728], caso de la botella [cfr. el supuesto de hecho *supra* § 1 II. B. 8.]) estima que "sólo en casos excepcionales" podrá producirse la equiparación, por ejemplo, **Walther** (*Eigenverantwortlichkeit*, pp. 226 y ss., 248) parece partir de la base que sólo en casos excepcionales la heteropuesta en peligro dará lugar a responsabilidad jurídico-penal.

<sup>467</sup> Aspecto que subraya **Meyer**, *Autonomie*, pp. 142 y s. Particularmente, en aquellos casos en los que -partiendo de la definición ofrecida por **Roxin**- la víctima no actúa de modo "autoresponsable", por ejemplo, por carecer de conocimientos decisivos sobre la actividad en la que interviene; sobre el problema cfr. *infra* § 10 II. B.

heteropuesta en peligro puedan quedar impunes, como acaba de verse, cuando se dan los requisitos de la "equivalencia"<sup>468</sup>. Por ello, no es de extrañar que un relevante sector de la bibliografía haya puesto en duda -desde perspectivas muy distintas- en alguna medida la claridad de la distinción en su formulación hecha por la doctrina encabezada por Roxin<sup>469</sup>.

---

<sup>468</sup> Lo dicho vale también para la concepción desarrollada por **Walther**. En efecto, si bien la construcción propuesta por esta autora está sobre todo centrada en delimitar formas de autoría y de participación dentro de la categoría de la "autopuesta en peligro", es decir, de explorar los límites de impunidad en el marco de la participación en una autopuesta en peligro, como acaba de exponerse (cfr. *supra* § 6 II. B. 3.), el tratamiento que propone a modo de excursus para los supuestos de "heteropuesta en peligro" (**Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 140 y ss.; 227 y ss.) conduce en muchos casos a la impunidad del comportamiento del tercero (cfr. especialmente *Eigenverantwortlichkeit*, p. 142). Aunque **Walther** insiste en que deben separarse los dos ámbitos porque en el de la autopuesta en peligro trata de fundamentarse si existe un comportamiento típico relevante, mientras que en los de la heteropuesta en peligro éste existe en principio, pero puede quedar "neutralizado" por la responsabilidad de la víctima (cfr., por ejemplo, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 93, 141), lo cierto es que -al igual que sucede en la concepción desarrollada por **Roxin**, como se acaba de señalar en el texto- la atribución a uno u otro grupo queda relativizada por el hecho de que las consecuencias jurídicas (tipicidad "en principio" para la heteropuesta en peligro y atipicidad "en principio" para la participación en una autopuesta en peligro) son niveladas en ambos grupos de casos (es decir, que hay supuestos de autopuesta en peligro en los que el tercero responde y casos de heteropuesta en peligro en los que el tercero no responde) en determinadas circunstancias.

<sup>469</sup> Cfr. de momento sólo **Kellner**, *Einwilligung*, p. 56; **Schünemann**, JA 1975, pp. 722 y s.; **Dach**, *Einwilligung*, p. 22; *idem*, NSTZ 1985, p. 25; **Meyer**, *Autonomie*, pp. 142 y s.; de modo especialmente incisivo, **Otto**, Jura 1984, pp. 536 y ss. (cfr. también los argumentos de **Otto** vertidos *infra* en el texto); **Beulke/Mayer**, JuS 1987, p. 127; **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 171; **Mir Puig**, ADPCP 1991, p. 264; **Weber**, FS Baumann, pp. 43 y ss., 49; **De la Gándara Vallejo**, *Consentimiento*, pp. 142 y ss., y *avant la lettre* ya las consideraciones de **Klee**, GA 48 (1901), p. 179, quien subrayó que desde el punto de vista de la víctima podría considerarse que en el caso de la heteropuesta en peligro hay en cierto sentido una autopuesta en peligro mediata. Sobre los puntos críticos de la diferenciación en cuanto a su falta de practicabilidad y en lo relativo a su carencia de justificación axiológica vid. a continuación en el texto.



Corresponde analizar ahora si la idea de diferenciar entre supuestos de participación en una actividad arriesgada en la que la víctima ocupa una posición de cuasi-autoría de otros en los que la posición central corresponde al autor -el núcleo común de las aproximaciones aquí examinadas- es capaz de enfrentarse con éxito a la realidad fenomenológica. A continuación se avanzarán las razones materiales que desde la perspectiva aquí defendida desaconsejan la utilización de la diferenciación como punto de partida.

## 2. Dificultades de aplicación

En lo que se refiere a la operatividad fenomenológica de la diferenciación entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida, llama la atención ya desde un principio que hay muchos supuestos que resultan de difícil encuadre en uno u otro grupo. En efecto, ¿cuándo hay una "participación en una autopuesta en peligro" y cuándo una "heteropuesta en peligro", por ejemplo, tratándose de unas relaciones sexuales en las que puede producirse la transmisión de una peligrosa enfermedad<sup>470</sup>, como, por

---

<sup>470</sup> El BGH (BGHSt 36, p. 17; vid. el supuesto de hecho de esta resolución supra § 1 II. B. 10.) deja abierta la cuestión acerca de si esta construcción resulta aplicable a estos supuestos, mientras que ha afirmado su relevancia en un supuesto de SIDA el BayObLG (NJW 1990, pp. 131 y s.; vid. el supuesto de hecho supra § 1 II. B. 11.).

ejemplo, el SIDA<sup>471</sup>? De hecho, precisamente en este ámbito la doctrina que maneja la diferenciación ofrece una imagen poco halagüeña para la claridad de la distinción: existen tanto partidarios de considerar en principio estos supuestos

---

<sup>471</sup> Los supuestos de transmisión del VIH han generado -de modo correlativo a la discusión en la opinión pública- un intenso debate doctrinal (cfr., por ejemplo, las referencias de bibliografía alemana y anglosajona recogida por **Bottke**, en: **Schünemann/Pfeiffer**, *Die Rechtsprobleme von AIDS*, p. 174, nota 3) Lo cierto es que este grupo de casos plantea una serie de problemas que trasciende con mucho el ámbito de la valoración jurídico-penal de la conducta de la víctima. En primer lugar, hay que reseñar la existencia de una intensa controversia jurídico-política acerca de la conveniencia de la intervención del ordenamiento penal en este contexto (vid. sólo, a modo de ejemplo, **Prittwitz**, *KJ* 1988, pp. 304 y ss., para quien esta intervención es contraproducente [p. 308], meramente simbólica [p. 309] y deriva de una concepción propia del Derecho penal de autor [pp. 305 y s.]; también crítico **Rottleuthner**, *KJ* 1989, pp. 259 y ss., 267 y ss.; cfr. en la discusión española sólo **Luzón Peña**, en: **Mir Puig** [ed.], *Problemas jurídico penales del SIDA*, pp. 11 y ss.). En segundo lugar, también se presentan problemas dogmáticos de entidad, empezando por la calificación adecuada entre los preceptos de la Parte Especial (cfr., por todos, **Bottke**, en: **Schünemann/Pfeiffer**, *Die Rechtsprobleme von AIDS*, pp. 177 y ss., **Schünemann**, *JR* 1989, pp. 91 y s.; **idem**, en: **Busch/Heckmann/Marks** (ed.), *HIV/AIDS und Straffälligkeit*, pp. 95 y ss., 108 y ss.; **idem**, en: **Szwarc** [ed.], *AIDS und Strafrecht*, pp. 15 y ss.; **W. Frisch**, *JuS* 1990, pp. 363 y ss.; respecto del ordenamiento suizo, **Kunz**, *ZStrR* 107 (1990), 45 y ss.; en la bibliografía española, **Luzón Peña**, en: **Mir Puig** (ed.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, pp. 17 y s.) Por otra parte, también es problemática en este contexto la verificación de la relación de causalidad (vid. sólo **Bottke**, en: **Schünemann/Pfeiffer**, *Die Rechtsprobleme von AIDS*, p. 180; **Schünemann**, en: **Busch/Heckmann/Marks** [ed.], *HIV/AIDS und Straffälligkeit*, p. 124; **Prittwitz**, *KJ* 1988, pp. 305 y s.; **W. Frisch**, *JuS* 1990, 366; **Luzón Peña**, en: **Mir Puig** [ed.], *Problemas jurídico penales del SIDA*, p. 13) o la determinación del lado subjetivo del sujeto transmitente, especialmente en lo que se refiere al dolo respecto de un posible delito de homicidio (vid. sólo **Bottke**, en: **Schünemann/Pfeiffer** [ed.], *Die Rechtsprobleme von AIDS*, pp. 201 y ss.; **Otto**, *FS Tröndle*, pp. 166 y s.; **Schünemann**, *JR* 1989, pp. 93 y s.; **idem**, en: **Szwarc** [ed.], *AIDS und Strafrecht*, p. 15 y ss.; **W. Frisch**, *JuS* 1990, pp. 366 y ss.; **Kunz**, *ZStrR* 107 [1990], pp. 57 y ss.) Estas dificultades han llevado a algunos autores a proponer la introducción de un precepto específico (vid., por ejemplo, la "propuesta de un precepto contra la transmisión del SIDA" de **Luzón Peña**, **Mir Puig** y **Silva Sánchez**, en: **Mir Puig** [ed.], *Problemas jurídico penales del SIDA*, pp. 175 y ss., en este sentido también se pronuncia, por ejemplo, **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 243 y ss.).

como casos de participación en una autopuesta en peligro<sup>472</sup> como defensores de la tesis de que se trata de heteropuestas en peligro<sup>473</sup>. Lo que debiera estar claro es que en situaciones de tal densidad no podrá distinguirse en cuanto al mero dato de la ejecución una "figura principal"<sup>474</sup>: como dice el propio **Luzón Peña**, parece claro que puede existir impunidad aun en supuestos de "conurrencia temporal" de las actividades, como sucede en la actividad sexual<sup>475</sup>. En esta línea, otra buena muestra de las inseguridades que afectan a la construcción la ofrece el tratamiento que algunos de sus partidarios han dado a uno de los casos más clásicos, el del

---

<sup>472</sup> Cfr., por ejemplo, *S/S<sup>24</sup>-Lenckner*, n.m. 107 previo a los §§ 32 y ss.; **Eberbach**, JR 1986, pp. 231 y s.; **Herzog/Nestler-Tremel**, StV 1987, p. 368; **Bottke**, en: **Schünemann/Pfeiffer**, *Die Rechtsprobleme von AIDS*, pp. 182 y ss., 214; **Prittwitz**, NJW 1988, pp. 2942 y s.; probablemente también **Rottleuthner**, KJ 1989, p. 264; **Kunz**, ZStrR 107 (1990), p. 53; **Dölling**, JR 1990, p. 475; **Solbach**, JA 1990, p. 32; en sentido muy similar también **Hugger**, JuS 1990, pp. 976 y s.; también **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 240. En este sentido también se pronunció el *Ba-yObLG*, NJW 1990, p. 131.

<sup>473</sup> Cfr., por ejemplo, el propio **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/101; **Geppert**, Jura 1987, pp. 671 y s.; **Helgerth**, NSTZ 1988, p. 262; **Mayer**, JuS 1990, p. 787.

<sup>474</sup> **Otto** (FS Tröndle, p. 167) dice respecto de esta cuestión acertadamente que se trata de "casualidades"; cfr. también **NK-Puppe**, n.m. 175 previo al § 13; **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 222 y s., con nota 186, en sentido similar.

<sup>475</sup> En: **Mir Puig** (ed.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, pp. 15 y s.; desapareciendo para **Luzón Peña**, de acuerdo con su concepción, antes examinada, la autoría en determinados casos. Este problema, trasladado al ámbito de la intervención en el suicidio -es decir, la posibilidad de fundamentar una coautoría punible junto a quien se suicida- ha provocado un intenso debate en la doctrina alemana, debido a la impunidad de la (mera) participación en el suicidio. Cfr. sobre el estado de la cuestión sólo **Roxin**, *Täterschaft und Tatherrschaft*<sup>6</sup>, pp. 568 y s. con nota 74; **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 21/56 ff., 21/58a con nota 124 y las consideraciones hechas supra § 2 II.

barquero del río Memel<sup>476</sup>: mientras que para Dölling<sup>477</sup> o, como se ha dicho, el propio Roxin<sup>478</sup>, se trata de un caso de "heteropuesta en peligro consentida", Schroeder<sup>479</sup> o Corcoy Bidasolo<sup>480</sup> creen que debe clasificarse como caso de "participación en una autopuesta en peligro".

### 3. Falta de justificación normativa

Podría contestarse a las dudas acabadas de exponer acerca de la viabilidad práctica de la distinción que aunque la distinción sea "...difícil en casos límite, no modifica en nada la necesidad de llevar a cabo la diferenciación..."<sup>481</sup>. Y en cierto sentido, no le falta razón a ese argumento. Pues de hecho no son decisivas estas dificultades -serias- de delimitación fenomenológica; el peso decisivo le corresponde al hecho de que estas dificultades de manejo práctico de la

---

<sup>476</sup> RGSt 57, pp. 172 y ss.; cfr. el supuesto de hecho supra § 1 II. B. 4.

<sup>477</sup> GA 1984, p. 78.

<sup>478</sup> AT I<sup>2</sup>, 11/98.

<sup>479</sup> LK<sup>II</sup>, § 16 n.m. 181.

<sup>480</sup> Haciéndolo depender del nivel de conocimientos de las víctimas: si éstas conocen la inminencia de la tormenta y sus dimensiones como sucedía de hecho en el caso-, se trataría de una autopuesta en peligro; vid. Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, pp. 553 y s.

<sup>481</sup> Roxin, FS Gallas, p. 250, nota 28.

diferenciación no son más que indicios del hecho de que carece de una justificación material.

En la doctrina alemana, quizás quienes con mayor insistencia han puesto en duda la relevancia de la distinción han sido desde distintas perspectivas- **Otto** y **W. Frisch**. **Otto** formula el núcleo de su argumentación precisamente en relación con el ejemplo arriba enunciado -caso del copiloto- planteado por **Roxin** como supuesto prototípico de heteropuesta en peligro:

"Cuando se valora la participación en una carrera gravemente negligente como motorista individual... como participación impune en una autopuesta en peligro, pero se sostiene que participar en ella en el asiento trasero de la motocicleta constituye respecto del conductor una heteropuesta en peligro consentida, se argumenta con base en casualidades concurrentes en lo acontecido. Por ejemplo, ¿por qué ha de ser irrelevante que el sujeto en el asiento trasero pueda, después de iniciarse el recorrido, darle fin -mientras el conductor domine el vehículo- en cualquier momento con una manifestación en ese sentido? ...Ambos dominan el suceso." <sup>482</sup>

Tampoco desde la perspectiva de **Frisch** la inclusión de un supuesto en uno u otro grupo (auto- o heteropuesta en peli

---

<sup>482</sup> **Otto**, FS Tröndle, p. 170; en este sentido ya *idem*, JuS 1974, p. 710.

gro) puede prejuzgar la decisión del caso<sup>483</sup>. En primer lugar, **Frisch** subraya las dificultades de aplicación fenomenológica a las que acaba de aludirse en el apartado anterior: dependiendo de la perspectiva adoptada, resulta fácil manipular el supuesto, incluyéndolo en una u otra categoría<sup>484</sup>. Más importante, según **Frisch**, es que la solución depende de consideraciones de índole material, consideraciones que deben llevarse a cabo tanto en el marco de una como de otra categoría<sup>485</sup>.

En este sentido, es posible que en el plano naturalista "no sea lo mismo", como dice **Roxin**, que sea uno u otro quien conduzca la motocicleta. Sin embargo, hay muchas constelaciones en las que la diferenciación carece de relevancia normativa ya de modo evidente, intuitivo<sup>486</sup> -aparte de que

---

<sup>483</sup> Cfr. *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 116, 148 y ss., relativizando su propia diferenciación de "tres tipos fenomenológicos básicos de comportamientos que ponen en peligro bienes jurídicos" (pp. 86 y ss.) en el contexto general del comportamiento típico: afectaciones de bienes directas, en las que media la víctima y en las que media un tercero.

<sup>484</sup> Cfr. *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 116, 181 y s.

<sup>485</sup> *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 87 y ss., 149 y s., 169 y ss., 182. El fundamento de esas consideraciones materiales **Frisch** lo quiere encontrar en su teoría general del comportamiento típico (cfr. la exposición general supra § 3 II. B. 1. y en concreto respecto de la conducta de la víctima infra § 8 II. B. 1.). Sin embargo, puede pensarse que algunas manifestaciones de **Frisch** posteriores al trabajo monográfico antes citado -en las que propone resolver determinados casos a través del consentimiento en vez de en el marco de la teoría del comportamiento típico- conllevan implícitamente una estructuración fenomenológica con régimen normativo distinto, en contra de la postura antes sostenida (cfr. supra § 5 II. C. 1. c) y 2. y a continuación en nota).

<sup>486</sup> En sentido similar, **NK-Puppe**, n.m. 182 previo al § 13; **Reyes Alvarado**, *Imputación objetiva*, pp. 175 y ss.

haya supuestos en los que la diferenciación parezca difícilmente practicable-. ¿Qué importancia puede tener cuál de los dos tripulantes de un reactor que de común acuerdo deciden abandonar el aparato -creyendo ambos erróneamente, por descuido, que está a punto de explotar- accione el mando de la eyección de los sillones, si uno de ellos resulta lesionado o muerto por el abandono precipitado del avión?

Tomando como ejemplo la explicación que ofrece **Portilla Contreras**<sup>487</sup> -uno de los autores que en la doctrina española han tomado de modo más decidido como base de su concepción la construcción de la diferenciación en el sentido desarrollado por **Roxin**- de la relevancia de la distinción, afirmando que en los casos de autopuesta en peligro "...el extraño tan sólo colabora, ayuda a la víctima", mientras que en el ámbito de la heteropuesta en peligro "...es el otro el que, en definitiva, causa finalmente la muerte", se constata que no contiene como fundamento de la diferenciación más que el hecho de que hay por parte del autor una intervención causal más "directa", si se quiere, en los supuestos de "heteropuesta en peligro". Y parece claro que esto no basta como explicación de un tratamiento jurídico distinto de los dos grupos de casos. En efecto, el punto débil de la distinción radica en que no existen criterios materiales para atribuir

---

<sup>487</sup> CPC 1991, p. 705.

mayor relevancia a una intervención más o menos directa en el hecho generador del riesgo<sup>488</sup>.

En primer lugar, hay que volver a señalar que el posible carácter especial que puede corresponder a la "ejecución de propia mano" desde el punto de vista de las normas especiales que tipifican la intervención en una lesión dirigida por la víctima no puede trasladarse al resto de las constelaciones<sup>489</sup>: a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la le-

---

<sup>488</sup> En este sentido, si bien desde otra perspectiva, cfr. **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 27, 34 y s., 144, 184 (sobre el punto de partida de **Derksen** cfr. *infra* § 8 II. B. 2.); también parte de que la diferenciación externa carece de relevancia, desde la perspectiva de su propuesta de resolver los casos en cuestión recurriendo al concepto de *Urheber*, **Bindokat**, JZ 1986, p. 422.

Con un punto de partida similar -y desde una perspectiva más general-, **W. Frisch** sostiene que la subdivisión en grupos fenomenológicos (*Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 86 y ss.) no puede prejuzgar la solución material de la cuestión de la tipicidad del comportamiento, sino que ésta depende de consideraciones de índole material (cfr. *op. cit.*, pp. 87 y ss., 115 y s., 149 y s., 169 y ss., 182: para **Frisch**, se trata de resolver esta cuestión -dentro de su concepción acerca del "comportamiento típico"- la situación material de intereses como criterio de determinación del merecimiento de pena, y, consiguientemente, de tipicidad del comportamiento; cfr. sobre este punto de partida de **Frisch** *supra* § 3 II. B. 1. e *infra* § 8 II. B. 1.).

Parece, sin embargo, que **Frisch**, en lo que se refiere a la intervención de la víctima, revisa posteriormente su concepción original -en la que expresamente negaba relevancia *per se* a la distinción fenomenológica- al proponer últimamente (cfr. NSTZ 1992, pp. 1 y ss., 62 y ss., 65 y ss.; en p. 67 afirma, sin embargo, que las consideraciones expuestas en ese trabajo no suponen una "relativización o retirada" de su concepción anterior; cfr. también *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 117 y ss., 134 y ss., 140 y ss.) una distinción de los grupos de casos en atención al momento temporal en el que se llevan a cabo las conductas de autor y víctima que parece coincidir con la diferenciación propuesta por la doctrina de la autopuesta en peligro, que antes había criticado como irrelevante.

<sup>489</sup> Cfr. *supra* § 2 II.



sión, al último acto desencadenante del riesgo no le puede corresponder carácter de "señal"<sup>490</sup>.

Pero, además, en segundo lugar, el hecho de que uno de los sujetos respecto del cual pretende realizarse la delimitación entre autoría y participación sea el propio titular del bien jurídico puesto en peligro confiere a estos supuesto una estructura distinta de la correspondiente a aquellos otros en los que se trata de determinar si las conductas de los intervinientes dan lugar a la autoría o participación en un hecho que afecta a los bienes de un tercero. Pues si se trasladaran sin más las estructuras a utilizar en estos supuestos -con independencia de cuál sea la concepción de la autoría y participación que se sostenga-, se estaría dejando de introducir en el juicio de imputación un dato que evidentemente modifica la situación: dicho en términos amplios, la especial relación que une al titular con sus bienes, su "autoresponsabilidad"<sup>491</sup>. Entonces, cabe ya anticipar que la autoría en comportamientos arriesgados conjuntos sólo podrá fundamentarse, por regla general, cuando el titular del bien se vea desplazado de esa posición especial, es decir, cuando

---

<sup>490</sup> Así Otto, FS Tröndle, p. 170; ello con independencia que se considere que incluso en el ámbito de la lesión (intervención en un suicidio) la diferenciación sobre la base de la ejecución no resulta adecuada (cfr., por ejemplo -de *lege ferenda*-, Jakobs, "La organización de autolesión y heterolesión", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*, I. y II.). Pues lo cierto es que la diferenciación existe en nuestro Derecho positivo (cfr. art. 143.1 y 2 CP en comparación con 143.3 CP o la formulación del § 216 StGB; sobre esta cuestión *supra* § 2 II.).

<sup>491</sup> Cfr. *infra* § 8.

la conducta del autor prive a la de la víctima de ese carácter autoresponsable. Que esto no puede depender sencillamente de quien ejecuta una u otra parte de un contexto de riesgo parece claro<sup>492</sup>. Y de hecho, como ha quedado demostrado en la exposición anterior, esto lo tienen en cuenta implícitamente los defensores de la distinción: pues hay, desde una perspectiva intrasistemática, tanto casos de "participación en una autopuesta en peligro" que dan lugar a la calificación de la conducta del autor como típica (en los que el comportamiento de la víctima no se considera "autoresponsable") como supuestos en los que una heteropuesta en peligro se considera atípica. Sin embargo, entonces la diferenciación se convierte en un mero *topos*. Quizás por ello el mismo **Roxin** se ha referido recientemente<sup>493</sup> a la "decisión valorativa normativa" que se encuentra en un plano valorativo superior a la diferenciación -y que afecta a ambos grupos de casos diferenciados- consistente en su opinión en que no hay razón alguna para limitar la libertad de actuación mientras nadie sea puesto en peligro en contra de su voluntad<sup>494</sup>. Sin

---

<sup>492</sup> Cfr. también *infra* § 9 I. A. 2.

<sup>493</sup> AT I<sup>2</sup>, 11/86, nota 132; también habla de un doble fundamento, consistente, por un lado, en el argumento de la participación, y, por otro, en que en los supuestos en cuestión "no se interviene [por parte del autor] en una esfera jurídica ajena" en op. cit., 14/22.

<sup>494</sup> De hecho, ya con anterioridad a esta manifestación de **Roxin** había destacado **Neumann** (JA 1987, pp. 246 y s.) que la argumentación de **Roxin** no se sostiene en realidad sobre la base del argumento de la participación, sino que está fundada en última instancia -de modo implícito- en tales consideraciones normativas sobre la autoresponsabilidad; cfr. también la reflexión del propio **Roxin** para la cuestión paralela de  
(continúa...)

embargo, debería explicarse -en vez de afirmar la compatibilidad de la distinción como punto de partida metódico con consideraciones de carácter material como las aludidas- cuál es el fundamento de dicha "decisión normativa valorativa"<sup>495</sup> y qué papel corresponde, entonces, a la diferenciación.

Teniendo en cuenta lo acabado de exponer, tampoco puede resultar convincente la propuesta de solución planteada por aquel sector doctrinal -en el que cabe incluir las aportaciones de **Luzón Peña** y **Walther**- que quiere resolver la cuestión no a través de un *topos* integrado en la teoría de la imputación objetiva, sino mediante una aplicación analógica de las reglas que distinguen entre autoría y participación. Y no porque deba ponerse en duda la viabilidad de un concepto restrictivo de autor en los casos -frecuentes en el presente ámbito- en los que no exista dolo respecto del resultado. Por el contrario, esta cuestión general puede aquí quedar abierta. La razón de la inadecuación de esta solución está en que el titular del bien jurídico que resulta lesionado ocupa una posición especial: dicho en palabras de **Neumann**, escritas en crítica del argumento de la participación en el ámbito de la intervención en un suicidio ajeno: mien-

---

<sup>494</sup> (...continuación)  
la participación en el suicidio en *Täterschaft und Tatherrschaft*<sup>6</sup>, p. 572.

<sup>495</sup> Cfr. *infra* §§ 8 y ss.

tras que en el marco de la regulación de autoría y participación

"...de lo que se trata es del problema acerca de cómo ha de repartirse la responsabilidad penal por un determinado resultado **entre varias personas**, en el caso de una participación en un suicidio ha de resolverse la cuestión acerca de si el conflicto generado siquiera debe ser resuelto mediante imputación jurídico-penal. En un caso, se trata del reparto de la responsabilidad jurídico-penal entre varios autores (en sentido amplio), en el otro de la **delimitación de los ámbitos de responsabilidad entre autor y víctima**." <sup>496</sup>

Esta reflexión puede trasladarse sin problema alguno al ámbito general que aquí interesa: la adscripción de un ámbito de autoorganización al titular de un bien jurídico y las características de la intervención de terceros en ese ámbito no pueden seguir el mismo régimen que la distribución de responsabilidades entre autores y partícipes que cometen conjuntamente una infracción<sup>497</sup>. Ello debe ser así en aten-

---

<sup>496</sup> JuS 1985, p. 679; cfr. también *idem*, JA 1987, pp. 247 y s., 256.

<sup>497</sup> Más allá de que haya aspectos de detalle que revelan que el traslado de las construcciones de autoría y participación al presente ámbito genera dificultades dogmáticas puntuales. En este sentido, cabe señalar que en el caso de la propuesta de solución de **Walther**, al no desarrollar un concepto de dominio del hecho más acorde a las situaciones de colaboración no final (hacia el resultado) que son frecuentes en el ámbito de la concurrencia de autor y víctima -como sí hace, en cambio, **Luzón Peña** con la idea de "determinación objetiva"-, sino traslada la concepción acuñada en la doctrina alemana (para las conductas dolosas), el objeto de análisis forzosamente queda limitado a los casos de cointervención consciente, con un mínimo de conocimiento del riesgo (continúa...)

ción a la especial cualidad de uno de los intervinientes de ser el titular del bien jurídico puesto en riesgo. En este sentido, resulta interesante recordar un comentario del propio **Luzón Peña** hecho en este mismo contexto:

"...habrá que seguir examinando si las características de los mismos [scil., de los casos de participación en una autopuesta en peligro] consistentes en que tal conducta no represente sino una mera contribución causal, que favorece pero no realiza la lesión del bien jurídico, y **en que además quien lesiona no es un tercero sino su propio titular** suponen razones que aboguen por la impunidad"<sup>498</sup>.

Desde la perspectiva aquí defendida, el segundo elemento en la reflexión de **Luzón Peña** -que aquí se ha subrayado- no ha sido seguido con la misma intensidad como el primero. Sin embargo, este es el aspecto decisivo. En suma: lo decisivo es que una distinción realizada en atención a la ejecución

---

<sup>497</sup> (...continuación)

(cfr. sólo **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 93, 101 y ss. y ya *supra* § 5 II. 1., C. 1. c), lo que constituye una restricción inadecuada del ámbito fenomenológico (especialmente si se tiene en cuenta la hiperfragmentación del material de casos a la que ya de por sí conduce la tipología desarrollada por **Walther**, como se ha podido observar *supra* § 6 II. B. 2.) Por otra parte, es significativo que precisamente para los casos de cuasi-coautoría entre víctima y autor **Walther** quiera apartarse de la perspectiva de autoría y participación y propugne como regla en ese ámbito la atribución a la esfera de la víctima (*Eigenverantwortlichkeit*, pp. 134 y ss., 143, 246 afirmando en este último lugar que "...en última instancia, es una cuestión de decisión valorativa que se quiera destacar el aspecto de la autopuesta en peligro o el de la heteropuesta en peligro (consentida)...") [subrayado en el original]; cfr. también la reflexión de **Luzón Peña** sobre esta cuestión, en: **Mir Puig** [ed.], *Problemas jurídico penales del SIDA*, pp. 15 y s.).

<sup>498</sup> **Luzón Peña**, *Notas a Roxin*, *Problemas básicos*, p. 190.

material es "...per se una constatación puramente naturalista", pues "...especialmente tratándose de interacciones densas puede ser irrelevante, meramente casual"<sup>499</sup> quién ejecute la acción generadora del riesgo. Tiene que ser otra vía la que permita introducir la relevancia de la conducta de la víctima en el sistema de imputación: si la concepción sistemática es correcta, la decisión acerca de la tipicidad o atipicidad de la conducta del autor debe poder fundamentarse tanto desde la perspectiva de la actuación de la víctima como desde la del autor<sup>500</sup>. La clasificación del suceso como "auto-" o "heteropuesta en peligro" no debe prejuzgar la solución material.

---

<sup>499</sup> Así **Jakobs** ("La organización de autolesión y heterolesión", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*, texto previo a la nota 6) refiriéndose -de modo crítico con el Derecho vigente- a la intervención en un suicidio ajeno (otra cuestión es que **Jakobs** cree que la diferenciación del Derecho positivo en el ámbito del suicidio extiende sus efectos al ámbito que aquí interesa; cfr. op. cit., X.; en contra de ello supra § 2 II.). De hecho, la propia **Walther** (*Eigenverantwortlichkeit*, p. 231) -al rechazar la aplicación analógica de la delimitación establecida en el § 216 StGB al ámbito de la puesta en peligro- reconoce que puede ser "más o menos una casualidad" quién realice la acción generadora de riesgo. Cfr. también de modo más general *S/S<sup>24</sup>-Lenckner*, n.m. 101 previo a los §§ 13 y ss.; **Reyes Alvarado**, *Imputación objetiva*, p. 175, y, sobre todo, la contundente argumentación de **Otto** (*JuS* 1974, pp. 710 y ss., *idem*, *FS Tröndle*, pp. 167 y ss., 170) antes citada. En este sentido, es significativo que el propio **Roxin** en el ámbito de la intervención en el suicidio quiera hacer depender la valoración del hecho (como participación [impune] en el suicidio o ejecución [punible] de un suicidio ajeno) de la organización "global" del hecho (*NStZ* 1987, pp. 346 y ss.; *idem*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, p. 571, nota 84; en sentido similar, **Kühl**, *JR* 1988, pp. 338 y ss., **Hohmann/König**, *NStZ* 1989, pp. 304 y ss.).

<sup>500</sup> Cfr. respecto del punto de vista aquí sostenido *infra* §§ 9, 10.

## § 7 Victimología, "victimodogmática"

### ----- y "principio victimológico" -----

#### I. Presupuestos y planteamiento -----

La figura de la víctima también constituye el objeto de preocupación de diversas construcciones dogmáticas que últimamente se agrupan bajo el rótulo de "victimodogmática". Estas aproximaciones ocupan una posición especial en comparación con las aportaciones doctrinales examinadas hasta el momento, y ello por varios motivos: en primer lugar, como se verá, más que de una formulación dogmática concreta para el problema de la intervención de la víctima, se trata de una tendencia, de una aproximación, de un modo de ver la figura de la víctima. En segundo lugar, esta configuración más bien difusa y amplia de las posturas victimodogmáticas viene motivada, sobre todo, por el hecho de que éstas constituyen una reacción dentro de la dogmática a una evolución iniciada en otras disciplinas distintas de la ciencia del Derecho. Y, en tercer lugar, este carácter en cierto modo difuso de la victimodogmática -que, por otra parte, aún se halla en sus inicios- es el que probablemente también constituye la razón por la que el debate sobre estas aportaciones en gran medida se ha realizado con argumentaciones más cercanas a las reflexiones de política criminal que a la discusión dogmática. En todo caso, las especiales características de la victimodogmática aconsejan seguir un método de exposición algo dis-

tinto al utilizado respecto de otras aproximaciones, intentando esbozar los rasgos esenciales del panorama en el que surge la victimodogmática antes de abordar sus propuestas dogmáticas.

## A. Victimología y victimodogmática

### 1. Victimología y sistema penal

En la Exposición de Motivos de la vigente LECr se hace referencia al conflicto de intereses subyacente al hecho penal: "En materia penal siempre hay dos intereses rivales y contrapuestos: el de la sociedad, que tiene el derecho de castigar, y el del acusado, que tiene el derecho de defenderse". Salta a la vista que esta concepción de lo penal deja de tomar en consideración a otro interviniente: a la persona física que es "sujeto pasivo" del delito y que suele denominarse "víctima". Ello, como es sabido, es expresión de un sistema de control social, el penal, que en el Estado moderno compete en exclusiva al Estado, superando así la venganza privada, reduciendo la importancia del papel de la víctima<sup>501</sup>. En coherencia con esto, también la ciencia dedicada

---

<sup>501</sup> Como ya se ha dicho (cfr. supra § 1 I.), es ésta una afirmación que ha llegado a ser un lugar común en la bibliografía. Vid. sólo las reflexiones de **Silva Sánchez**, en: CGPJ (ed.), *Victimología*, pp. 13 y s. En la ciencia penal, esta evolución es descrita ya desde hace tiempo. Cfr., por ejemplo, en este sentido ya la interesante exposición de  
(continúa...)



al estudio empírico del fenómeno penal, la criminología, centró tradicionalmente su atención en la persona que realiza el comportamiento desviado, en el autor<sup>502</sup>.

Sin embargo, viene produciéndose desde algún tiempo una evolución científica -y también en cierta medida, y en parte como consecuencia de ésta, legislativa- en los países de nuestro entorno mediante la cual desde la perspectiva de la criminología tiene lugar un "redescubrimiento" de la víctima, naciendo incluso una nueva ciencia llamada "victimología"<sup>503</sup> que pretende sistematizar los conocimientos empíricos relativos a la víctima. No es muy claro cuál es el origen de esta corriente científica. Parece, sin embargo, que su surgimiento no es ajeno a determinadas tendencias de política criminal centradas en demandar una represión más efi-

---

<sup>501</sup> (. . .continuación)

**Kleinfeller** (FG Birkmeyer, pp. 131 y ss.), en la que muestra sobre la base del ejemplo de diversos ordenamientos de la Antigüedad y de la Edad Media la disminución de elementos de venganza, con la correspondiente pérdida de relevancia del comportamiento de la víctima en el sistema penal.

<sup>502</sup> Cfr. por todos **García-Pablos de Molina**, *Manual de criminología*, p. 76.

<sup>503</sup> Cfr. por todos las exposiciones de carácter general de **Kiefl/Lamnek**, *Soziologie des Opfers*, pp. 56 y ss., 207 y ss.; **García-Pablos de Molina**, *Manual de criminología*, pp. 76 y ss.; **Rodríguez Manzanera**, *Victimología*, pp. 14 y ss.; **Kaiser**, *Kriminologie*, pp. 309 y ss., 630 y ss.; **Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan**, *Victimología*, pp. 9 y ss.; **Larrauri Pijoan**, op. cit., pp. 78 y ss. Sobre la evolución de la victimología, vid. sólo **Schüler-Springorum**, FS Honig, pp. 202 y ss.; **Schneider**, Jura 1988, pp. 635 y s.; **idem**, *Einführung in die Kriminologie*, pp. 304 y ss.; **Rodríguez Manzanera**, *Victimología*, pp. 9 y ss.; **Fattah**, en: **idem** (ed.), *Towards a Critical Victimology*, pp. 29 y ss.; **Mawby/Walklate**, *Critical Victimology*, pp. 8 y ss.; **Tamarit Sumalla**, *La reparación a la víctima*, pp. 116 y ss.; **Herrera Moreno**, CPC 1995, pp. 489 y ss.

caz de los comportamientos desviados y que resaltan la experiencia negativa sufrida por la víctima, sobre todo de delitos violentos<sup>504</sup>. Como se verá, el complejo "entorno" político-criminal tanto de la victimología como de sus repercusiones en el ámbito del Derecho penal es uno de los elementos que están determinando en mayor medida la discusión científica<sup>505</sup>. En todo caso, hay que resaltar ya en este momento que la investigación victimológica ha sido generada sobre todo en países en los que no hay o no había posibilidades de participación de la víctima en el proceso similares a la acción penal del perjudicado que nuestro ordenamiento sí reconoce<sup>506</sup>. Estas investigaciones criminológicas, por una parte, han empezado a repercutir dentro del ordenamiento penal sobre todo en la propuesta de determinadas medidas de atención a la víctima, y, especialmente, en el establecimiento de mecanismos de reparación<sup>507</sup>. Sin embargo, ya desde

---

<sup>504</sup> En este sentido, por ejemplo, **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 14 y s., quien llega a la conclusión que las causas han de encontrarse en un cambio en el "clima político-criminal"; también advierte razones de política criminal **Larrauri Pijoan**, en: **Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan**, *Victimología*, pp. 79 y s.; **García-Pablos de Molina** (*Manual de criminología*, pp. 79 y s.), en cambio, parece atribuir el surgimiento de la victimología a los impulsos producidos en la evolución científica de la propia criminología; en sentido similar, **Zipf** (*MSchrKrim* 53 [1970], p. 1), para quien la victimología sólo pudo surgir una vez que la criminología hubo dado el paso desde la biología criminal a la sociología criminal.

<sup>505</sup> Cfr. a continuación *infra* § 7 I. B.

<sup>506</sup> A través de la acusación particular, art. 101 en relación con arts. 109 y 783 LECrim.

<sup>507</sup> Se trata de las consecuencias, como es lógico, de una victimología especialmente orientada a fortalecer los derechos de la víctima (**Larrauri Pijoan** [en: **Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan**, *Victimología*, p. (continúa...)]

el inicio de estas investigaciones empíricas, también hubo autores que resaltaron, por otra parte, de algún modo la intervención de la víctima como factor determinante de su (co)rresponsabilidad en lo sucedido<sup>508</sup>.

## 2. Victimodogmática

En relación con la evolución aludida, también se advierte una mayor preocupación por la figura del sujeto que resulta lesionado por el comportamiento delictivo dentro de la dogmática jurídico-penal en sentido estricto<sup>509</sup>. Estas aporta-

---

<sup>507</sup> (. .continuación)

79] denomina esta tendencia "nueva" victimología). Estas consecuencias se están concretando en intentos de fortalecer la posición de la víctima en el proceso, en el establecimiento de medidas de compensación, etc. (cfr. sólo la información sobre la cuestión en varios países recopilada por **Schneider**, CPC 1988, pp. 359 y ss., 375 y s. y por **Bueno Arús**, AP 1990 [nº 27], pp. 297 y ss., 302 y ss.).

En lo que se refiere a las medidas de reparación, en los tiempos más recientes viene desarrollándose una discusión que ha trascendido del ámbito de las medidas legislativas más bien colaterales acabadas de mencionar y en la que se plantea la posible inclusión de la reparación como elemento autónomo en el ordenamiento penal; cfr. sobre esto últimamente, por todos, **Hirsch**, ZStW 102 (1990), pp. 534 y ss.; **Roxin**, FS Baumann, pp. 243 y ss.; **Tamarit Sumalla**, La reparación a la víctima, *passim*; **Schild**, FS Geerds, pp. 157 y ss.; **Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco**, Las consecuencias jurídicas del delito, pp. 251 y ss.; **Gracia Martín**, en: *idem* (coord.)/**Boldova Pasamar/Alastuey Dobón**, Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español, pp. 40 y ss., respectivamente, con ulteriores referencias.

<sup>508</sup> Cfr. de momento sólo la exposición de **Schneider**, CPC 1988, pp. 373 y s.

<sup>509</sup> Probablemente el primer estudio con componentes dogmáticos en esta dirección sea el de **Schultz**, ZStrR 71 (1956), pp. 171 y ss., 184 y ss.; cfr., sin embargo, ya el poco conocido trabajo de **Kleinfeller**, FG Birkmeyer, pp. 131 y ss., 190 y s., a favor de la creación de un criterio general de medición de la pena en atención a la incitación a la  
(continúa...)

ciones dogmáticas al problema de la intervención del sujeto lesionado en la génesis del riesgo son hoy habitualmente agrupadas bajo la denominación de "victimodogmática"<sup>510</sup>. La cuestión central que ocupa a las aproximaciones victimodogmáticas es la de determinar en qué medida la "corresponsabilidad" de la víctima en lo sucedido puede tener repercusiones sobre la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor<sup>511</sup>.

En el contexto de este estudio, cabe destacar de modo preliminar -junto a la vinculación, en mayor o menor medida, de las aproximaciones "victimodogmáticas" a los estudios criminológicos o victimológicos<sup>512</sup>- como elementos característicos de este grupo de elaboraciones doctrinales dos rasgos externos comunes:

---

<sup>509</sup> (...continuación)

comisión del hecho por parte de la víctima. En general sobre las posturas que pretenden ubicar el problema de la intervención de la víctima en la medición de la pena, cfr. las referencias supra § 1 I.

<sup>510</sup> Los estudios "victimodogmáticos" vienen elaborándose sobre todo en los países de lengua alemana. En cuanto a la situación en España, tiene razón **Silva Sánchez** al afirmar (en: **Beristain/de la Cuesta**, *Victimología*, p. 197) que "...no ha tenido lugar una discusión general, global" sobre la problemática, con la excepción notable, sobre todo, de los trabajos del propio **Silva Sánchez**.

<sup>511</sup> Así **Roxin**, *AT I*<sup>2</sup>, 14/15.

<sup>512</sup> También desde el otro lado, es decir, por parte de los victimólogos, se afirma que la victimología debe repercutir en el Derecho penal. Sin embargo, no se han formulado desde la victimología propuestas más concretas acerca de cómo ha de influir esta disciplina en el Derecho penal material (cfr. la crítica en este sentido de **Arzt**, *MSchrKrim* 67 [1984], p. 108)

en primer lugar, se trata de aproximaciones que en comparación con otras posturas dogmáticas<sup>513</sup> tienen un carácter más específico respecto del problema a tratar. Es decir, se trata de construcciones elaboradas específicamente para el fenómeno de la valoración de la posible incidencia del comportamiento de la víctima en la determinación de la responsabilidad penal del autor. En este sentido, se ha dicho con razón que la discusión "victimodogmática" no puede ser entendida como un mero desarrollo de los elementos legales de toma en consideración de la víctima que existían con anterioridad<sup>514</sup>, sino que constituyen una nueva fase, o, al menos, significan la adopción de una nueva perspectiva en la discusión doctrinal.

En segundo lugar, se trata de posturas que se enmarcan -a diferencia de lo que sucedía con las aproximaciones expuestas con anterioridad, generadas dentro de la discusión específica de la dogmática jurídico-penal- en un fenómeno cuya amplitud excede con mucho del campo de la dogmática de la Parte General del Derecho penal material: se refiere también a la Parte Especial del Derecho penal, a los planteamientos criminológicos, a la concepción del proceso penal. Sobre la amplitud del fenómeno ha dicho **Schünemann** que el hecho de que la víctima esté "de moda" en tan variados campos es el

---

<sup>513</sup> Cfr. *supra* §§ 4, 5, 6.

<sup>514</sup> **Neumann**, en: **W. Hassemer** (ed.), *Strafrechtspolitik*, p. 227.

"fenómeno más extraordinariamente sorprendente en la evolución de la discusión científica y de política legislativa relativa al comportamiento desviado en los últimos 15 años"<sup>515</sup>.

Dentro de este fenómeno, en el marco de la dogmática jurídico-penal también han surgido voces que pretenden resolver el problema planteado en el presente estudio con ayuda de la "victimodogmática".

### 3. Proceso penal

Ha de decirse de entrada que la evolución en el campo del Derecho penal material, por un lado, y en el del Derecho penal procesal<sup>516</sup>, por otro, parece discurrir por derroteros distintos que sólo tienen en común el topos de la víctima<sup>517</sup>. Incluso se ha llegado a afirmar que desde la perspectiva de ésta, las tendencias que se pueden observar en el Derecho penal material y en el procesal son contrapuestas:

---

<sup>515</sup> NSTZ 1986, p. 194; para **García-Pablos** (LH Beristain, p. 193) "asistimos. a un irreversible proceso histórico" en este ámbito; cfr. también **Silva Sánchez**, en: CGPJ (ed.), *Victimología*, pp. 13 y ss.

<sup>516</sup> Sobre la discusión en cuanto al proceso penal, cfr., por todos, **Jung**, ZStW 93 (1981), pp. 1147 y ss.; **Weigend**, ZStW 96 (1984), pp. 761 y ss.; **Gutiérrez-Alviz y Conradi**, PJ n° 18, pp. 79 y ss.; **Correra/Riponti**, *La vittima*, pp. 42 y ss., 97 y ss.; **Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan**, *Victimología*, pp. 43 y ss.; **Larrauri Pijoan**, op. cit., pp. 102 y ss.; **Mawby/Walklate**, *Critical Victimology*, pp. 129 y s., 135 y ss.

<sup>517</sup> En este sentido se pronuncia **W. Hassemer**, FS Klug II, p. 231.

dentro del Derecho penal material, conllevan un "debilitamiento" de la posición de la víctima, mientras que en el ámbito procesal están dirigidas a fortalecer a la víctima<sup>518</sup>. Desde luego, parece precipitado identificar toda valoración del comportamiento de la víctima en el ámbito penal material con un "debilitamiento" de su posición, al igual que no toda participación de la víctima en el proceso penal equivale a un fortalecimiento de sus intereses (sacrificando los del autor). Pero sí es cierto que existe una desconexión muy notable entre la discusión en el ámbito del Derecho procesal y la de la dogmática del Derecho penal material.

De hecho, sólo así -aún teniendo en cuenta las diferencias entre los ámbitos procesal y material- puede explicarse que quien quizás puede ser considerado el más destacado defensor de la relevancia de la figura de la víctima en el Derecho penal material desde la perspectiva de la victimodogmática<sup>519</sup>, **Schünemann**, sea extremadamente crítico con los intentos de fortalecer la posición de la víctima en el proceso penal. En este sentido, puede que sea de interés examinar con cierto detenimiento los argumentos de **Schünemann**. Pues a modo de ejemplo quizás este examen -dado el peso de este autor en el tratamiento de la cuestión en el ámbito de la dogmática del Derecho penal material- resulte revelador de

---

<sup>518</sup> **Neumann**, en: **W. Hassemer** (ed.), *Strafrechtspolitik*, p. 226.

<sup>519</sup> Cfr. *infra* § 7 II. A.

las "pasiones" político-criminales que la irrupción de la victimología ha despertado en la doctrina jurídica<sup>520</sup>. En efecto, la decidida crítica de **Schünemann** a ciertos intentos desarrollados en Alemania para introducir algunos derechos (sobre todo, de información sobre el procedimiento, de peticiones de prueba y de asistencia letrada) de la víctima en el proceso (afirma **Schünemann** que podría producirse un claro desequilibrio a favor de los intereses de retribución de la víctima, por lo que deben ser rechazados los mencionados derechos procesales de ésta como "retroceso atávico"<sup>521</sup>, "punto de partida reaccionario"<sup>522</sup>) puede parecer algo incoherente. De hecho, estos intentos no se aproximan ni con mucho a la situación de *lege lata* en el ordenamiento penal español, que conoce, como es sabido, amplias posibilidades de participación de los ciudadanos (ofendidos o no) en el proceso penal<sup>523</sup>. En efecto, la contundente crítica de **Schü-**

---

<sup>520</sup> Cfr. sobre esto *infra* § 7 I. B.

<sup>521</sup> NStZ 1986, p. 196.

<sup>522</sup> NStZ 1986, p. 197

<sup>523</sup> Cfr., por ejemplo, **Moreno Catena**, en **Gimeno Sendra/Moreno Catena/Cortés Domínguez**: *Derecho Procesal. Proceso Penal*, pp. 153 y ss.; **Muerza Esparza**, en: **De la Oliva Santos/Aragoneses Martínez/Hinojosa Segovia/Muerza Esparza/Tomé García**, *Derecho procesal penal*, pp. 132 y ss.; sobre la situación en Alemania, en donde entretanto han sido trasladados los mencionados intentos al ordenamiento jurídico vigente mediante la Primera Ley para la Mejora de la Posición del Ofendido en el Proceso Penal o Ley de Protección a la Víctima (*Erstes Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren* = *Opferschutzgesetz*, de 18 de diciembre de 1986) informan, por ejemplo, **Roxin**, *Strafverfahrensrecht*<sup>34</sup>, pp. 446 y ss.; **Jung**, *JuS* 1987, pp. 157 y ss.; **Schneider**, *CPC* 1988, pp. 362 y ss. e *idem*, *ÖJZ* 1990, pp. 15 y s.; **Gutiérrez-Alviz y Conradi**, *PJ* n° 18, pp. 87 y ss.; sobre los cambios -muy similares a los adoptados en Alemania- operados en el Derecho procesal (continúa...)



**nemann** a estas propuestas crea un fuerte contraste con su apoyo, igualmente contundente, al recorte de la intervención penal mediante la "victimodogmática", apoyo que se extiende también a las voces favorables a introducir un procedimiento de conciliación sustitutivo del proceso penal<sup>524</sup> o a la ampliación de los delitos perseguibles a instancia de parte<sup>525</sup>.

Está claro que de este modo se obtiene una propuesta de conjunto gravemente desequilibrada: por un lado, se pretende que el comportamiento de la víctima decida sobre la intervención penal, bien en Derecho penal material mediante la victimodogmática, o bien mediante facultades de disposición procesales más amplias. Pero por otra parte, se descalifica a la presencia (mínima, por otra parte, en las propuestas criticadas por **Schünemann**) de esta misma víctima en el proceso como principio del fin del sistema penal, como "atávica" y "reaccionaria"<sup>526</sup>. Dicho sea de paso que estas afirma-

---

<sup>523</sup>(. .continución)

penal italiano por medio del Código de procedimiento penal de 1988, cfr. la exposición de **Correra/Riponti**, *La vittima*, pp. 97 y ss. y anexo n° 6.

<sup>524</sup> Sobre las distintas posibilidades que se proponen en este campo, así como de las experiencias ya llevadas a la práctica en distintos países, informan, por ejemplo, **Neumann**, en: **W. Hassemer**, *Strafrechtspolitik*, pp. 241 y ss.; **Roxin**, *RuP* 1988, p. 76; **Schneider**, *ÖJZ* 1990, pp. 16 y ss. y **Jung**, *MSchrKrim* 76 (1993), pp. 50 y ss.

<sup>525</sup> *NStZ* 1986, p. 196.

<sup>526</sup> En contra de la postura de **Schünemann**, desde la perspectiva jurídico-procesal, **Schneider**, *CPC* 1988, p. 366. Ya se había pronunciado con anterioridad en favor de la ampliación de la intervención de la víctima en el proceso penal -destacando la perspectiva del control de la  
(continúa...)

ciones, desde la perspectiva del Derecho procesal vigente en España, no pueden más que parecer algo extrañas, pues del carácter público de la acción penal en nuestro ordenamiento se ha dicho que es "uno de los mayores logros de nuestra Ley, incluso superior a países de nuestro entorno cultural"<sup>527</sup>. Y si bien esta apreciación, como es lógico, es discutible, desde luego no parece razonable pensar que las instituciones jurídico-procesales españolas en cuestión formen parte de un sistema "atávico".

La incoherencia es palmaria: si debe valorarse el comportamiento de la víctima para poder determinar si siquiera hay un comportamiento punible, como sostienen los partidarios de la victimodogmática, ¿por qué esta víctima no puede estar presente en el proceso en el que ha de producirse esta valoración de su comportamiento?; si se propone que la víctima disponga (mediata o directamente, a través de su participación en un procedimiento de conciliación o en el ejercicio de la instancia de parte) sobre la iniciación del proceso,

---

<sup>526</sup> (...continuación)  
actividad de la fiscalía, órgano que, como es sabido, tiene un protagonismo muy superior en la fase instructoria en el ordenamiento alemán que en el español- Jung, ZStW 97 (1981), pp. 1165 y s.; manifiesta, sin embargo, temores similares a los formulados por Schünemann, si bien de modo más matizado, Roxin, Strafverfahrensrecht<sup>24</sup>, pp. 446 y s., 461.

<sup>527</sup> Gutiérrez-Alviz y Conradi, PJ n° 18, p. 80.

¿por qué razón esta víctima no debe participar de ningún modo en el proceso?<sup>528</sup>.

#### 4. La posición de la víctima en el sistema penal y la victimodogmática

Si se toma en consideración la repercusión que puede tener sobre los pilares básicos del sistema penal una redefinición del papel de la víctima, no es extraño que aquellas construcciones que quieran modificar de manera global el peso de la víctima produzcan verdaderas conmociones en ámbitos tan variados como los reseñados en las páginas anteriores. Pues de hecho -por ejemplo, situando la cuestión en el ámbito sistemático de los fines del Derecho penal-, en el moderno sistema del Derecho penal, centrado en fines bien preventivo-especiales y/o preventivo-generales, la contraposición de intereses tiene lugar en lo fundamental, como expresa la frase antes transcrita de la Exposición de Motivos de la LECrim, entre sociedad (interés de prevención-integración)<sup>529</sup> y sujeto infractor (interés en minimizar los efec-

---

<sup>528</sup> También señala que no puede desvincularse la evolución en el campo jurídico-procesal de la situación en el ámbito del Derecho penal material Jung, ZStW 97 (1981), pp. 1175 y s.

<sup>529</sup> Claro está que la cuestión podría formularse de otro modo: estableciendo una contraposición entre "víctima(s) potencial(es)" (= sociedad) y "víctima actual" o "concreta"; en este sentido, Seelmann, JZ 1989, pp. 670 y ss. Neumann (en: W. Hassemer [ed.], *Strafrechtspolitik*, p. 226) afirma incluso que en el desarrollo histórico del sistema penal la marginación de la víctima (concreta) se produjo al asumir el Estado (continúa...)

tos desocializadores de la pena). Los posibles intereses de la víctima en el castigo del autor se hallan disueltos en la protección de bienes jurídicos<sup>530</sup>. La víctima, se dice, es una figura marginal, una "abstracción jurídica"<sup>531</sup>, "ha perdido su caso, [asumiéndolo] el Estado"<sup>532</sup>, está "'cosificada'... [como] una mera parte de la realidad objetiva"<sup>533</sup> y recibe tan sólo una "tutela despersonalizada"<sup>534</sup>. Este papel marginal parece congeniar de modo especial con una determinada concepción "unilateral" del injusto y de la norma jurídico-penales, concepción centrada exclusivamente en la relación entre sujeto activo y ordenamiento jurídico<sup>535</sup>. Por ello, parece que el impulso dado por la victimología al mostrar que la víctima de hecho "no es siempre un mero objeto pasivo sobre el que 'casualmente' recae el delito, sino que

---

<sup>529</sup> (. . .continuación)  
la posición de "víctima" de todo delito; cfr. también **Herrera Moreno**, CPC 1995, pp. 485 y s.

<sup>530</sup> En el pensamiento del bien jurídico, la víctima es una "construcción" sin sustancia; pues este pensamiento no persigue la protección de la víctima, sino -como concepto crítico- la protección de la libertad general de actuación frente a un control penal ilegítimo (así en la concepción de **Hassemer**, FS Klug II, p. 221); cfr. también las consideraciones de **Jung**, ZStW 93 (1981), p. 1151; **Schünemann**, NSTZ 1986, pp. 193 y ss.; **Seelmann**, JZ 1989, p. 670; **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 21; **Herrera Moreno**, CPC 1995, pp. 486 y ss., y, de modo exhaustivo, **Eser**, FS Mestmäcker, pp. 1005 y ss., 1011 y ss. Cfr. también *infra* § 7 II. B.

<sup>531</sup> **García-Pablos de Molina**, LH Beristain, p. 193.

<sup>532</sup> **Christie**, BritJCrim 17 (1977), p. 3.

<sup>533</sup> **Correra/Riponti**, *La vittima*, p. 6.

<sup>534</sup> **Mantovani**, PG, p. 233.

<sup>535</sup> Así lo señala **Silva Sánchez**, en: **Beristain/de la Cuesta** (ed.), *Victimología*, p. 79. Vid. aquí *infra* § 9 I. B.

en ocasiones éste es producto de una cierta interacción entre el autor y ella misma"<sup>536</sup>, necesariamente ha de producir algún efecto sobre los fundamentos mismos del sistema penal en su conjunto.

Dentro del abanico de movimientos doctrinales aludido, en el campo concreto de la dogmática penal, la tendencia teórica agrupada bajo la denominación de "victimodogmática", en palabras de **Silva Sánchez**, "trata de examinar hasta qué punto (y en qué términos) el reconocimiento de la existencia -en algunos supuestos delictivos- de víctimas que contribuyen al hecho delictivo puede conducir a afirmar que éstas son corresponsables del mismo (por haber contribuido a él con actos dolosos o imprudentes) y, seguidamente, influir -en sentido atenuatorio o incluso eximente- en la responsabilidad criminal del autor"<sup>537</sup>. Es ésta una definición que coincide en aspectos esenciales con el problema dogmático que en el presente estudio se pretende plantear<sup>538</sup>. Las concepciones dogmáticas que se agrupan bajo el rótulo de "victimodogmática", como se ha visto, no son las únicas que se ocupan de nuestro problema material. Pero sí presentan, como se verá, algunos rasgos comunes que las diferencian de otras aproxi

---

<sup>536</sup> **Silva Sánchez**, en: CGPJ (ed.), *Victimología*, p. 16; cfr. también **García-Pablos de Molina**, LH Beristain, p. 195.

<sup>537</sup> LH Beristain, pp. 634 y s. (= CGPJ [ed.], *Victimología*, p. 18); cfr. también *idem*, en: **Beristain/de la Cuesta** (ed.), *Victimología*, p. 81.

<sup>538</sup> Cfr. *supra* § 1 I.

maciones y que justifican su tratamiento conjunto bajo el rótulo de la "victimodogmática"<sup>539</sup>.

## B. Victimodogmática y política criminal

### 1. Distintos significados político-criminales

Antes de pasar a la exposición y análisis de las propuestas victimodogmáticas, es inexcusable una breve referencia a las muchas vertientes político-criminales que el fenómeno más amplio y general de las "aproximaciones victimológicas" presenta. Pues sin tener en cuenta este carácter proteico, del que participan las elaboraciones de la victimodogmática en lo que se refiere a sus repercusiones político-criminales, difícilmente podrán valorarse correctamente los frentes -y, a veces, enfrentamientos- que se han producido en la discusión dogmática. En este sentido, hay que señalar que la discusión político-criminal sobre la posición de la víctima se ha disparado con la aparición de la perspectiva que se autodenomina "victimodogmática". De hecho, como se verá, gran parte de los argumentos que se emplean a favor o en contra de las aproximaciones victimodogmáticas no son estrictamente dogmático-sistemáticos, sino claramente político-criminales. Llama la atención que esta viva discusión no se haya produ-

---

<sup>539</sup> Cfr. *infra* § 7 II.

cido -al menos con tal protagonismo como es aquí el caso- respecto de los instrumentos dogmáticos utilizados antes del surgimiento de la victimodogmática, instrumentos que, como se espera haber podido mostrar en puntos anteriores de este estudio<sup>540</sup>, existían y existen tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Y quizás la explicación de esta diferencia esté en que en el caso de los instrumentos "tradicionales", la cuestión se planteaba en cierto grado de modo encubierto, bajo la apariencia de su integración en el sistema técnico-jurídico. Frente a ello, la victimodogmática se presenta de modo abierto, pone las cartas encima de la mesa y pretende aportar algo nuevo: una solución específica al problema de la intervención de la víctima, y ello en compañía del estruendo político causado por algunos de los movimientos de protección a las víctimas. En todo caso, el hecho de que la discusión político-criminal haya surgido sobre todo en este ámbito de la victimodogmática hace aconsejable referirse a ella de modo especial en este lugar.

En particular, hay que señalar ya ahora respecto de esta discusión que resulta difícil desentrañar cuándo los argumentos en cuestión se refieren a las repercusiones político-criminales de determinada construcción dogmática referida a la *lex lata* -siendo así como se conciben las aportaciones que aquí serán objeto de examen- y cuándo se trata de argumentos y contraargumentos relacionadas ya con una modificación del *status quo* normativo. Muestra

---

<sup>540</sup> Cfr. *supra* §§ 4, 5, 6.

de ello es que uno de los argumentos que se manejan en la discusión es precisamente la afirmación de que tal o cual propuesta dogmática ya abandona los límites del Derecho positivo. En todo caso, lo cierto es que las reflexiones introducidas en la discusión que a continuación se aborda de modo sucinto, si bien -como antes se ha dicho- se han presentado de modo prácticamente exclusivo en relación con la victimodogmática, también pueden estar presentes de modo subyacente en otras aproximaciones dogmáticas que parecen más impermeables a la argumentación político-criminal que la victimodogmática.

La reivindicación de una mayor atención a la víctima en el sistema penal puede tener varias vertientes político-criminales, dependiendo del ángulo que se adopte. Puede decirse a grandes rasgos que en el campo de la victimología convergen valoraciones contrapuestas, que pueden sintetizarse en dos grandes direcciones: exigir responsabilidad a la víctima por su intervención en el hecho que condujo a su lesión (posiblemente, disminuyendo la del autor) o resaltar la figura de la víctima, sus intereses olvidados (posiblemente, aumentando la punición del autor)<sup>541</sup>. En este sentido -desde la perspectiva del tratamiento penal propuesto para el autor-, se ha dicho con razón que en este ámbito es "llamativa la convergencia de consideraciones liberales y represivo-autoritarias"<sup>542</sup>. De hecho, parece que muchas aportaciones victimo-

---

<sup>541</sup> Cfr. **Schüler-Springorum**, FS Honig, p. 209.

<sup>542</sup> **Weigend**, ZStW 96 (1984), p. 763, nota 13.



lógicas recientes están más orientadas a alcanzar objetivos prácticos de política criminal que a profundizar en aspectos cognoscitivos. En este contexto, es frecuente ver en ciertos medios de comunicación descripciones terroríficas de víctimas destrozadas y escarnecidas por los autores de infracciones criminales, en contraste con esos mismos autores sonrientes que no sufren castigo alguno. Estas corrientes con razón han sido denominadas "victimagógicas"<sup>543</sup>. Antes de volver a esta problemática, pueden enumerarse las siguientes perspectivas político-criminales:

La primera consecuencia de política criminal puede estar, en el ámbito previo a la intervención del sistema penal propiamente dicho, en propugnar medidas de autoprotección de la víctima para evitar su "victimización"<sup>544</sup>. Ante esto cabe preguntarse, llevando la cuestión al extremo, si no supone un fracaso anticipado del sistema penal el que los ciudadanos vean coartadas sus libertades por medidas de autoprotección: en última instancia la victimización se evita con mayor seguridad convirtiendo la morada en una fortaleza y evitando todo contacto social<sup>545</sup>. En este sentido, puede lle-

---

<sup>543</sup> Así Dünkel, en: Beristain/de la Cuesta (ed.), *Victimología*, p. 179.

<sup>544</sup> Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología*, p. 18; sobre la "victimización" (primaria) desde la perspectiva criminológico-victimológica, cfr Kiefl/Lamnek, *Soziologie des Opfers*, pp. 170 y ss.

<sup>545</sup> Cfr. sobre estos riesgos, por ejemplo, las consideraciones de Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten*, pp. 206 y s.; Arzt, *MSchrKrim* (continúa...)

garse a una situación en la que en vez de estigmatizar el abuso de confianza que -dicho en términos amplios- el delito implica por medio de la pena, se suprima esta confianza misma imponiendo medidas de seguridad preventivas a la víctima<sup>546</sup>. De hecho, desde la perspectiva empírica de la victimología se ha señalado que los miedos existentes frente a la posibilidad de convertirse en víctima de un delito con frecuencia no se corresponden con la realidad estadística, sino que son superiores al riesgo realmente existente<sup>547</sup>.

Si esta reivindicación, en segundo lugar y ya en el campo de la política criminal relativa al sistema penal, se produce como reacción a un sistema penal centrado en cuanto a los fines de la pena exclusivamente en la atención al autor, en su resocialización, tendrá el sentido de reclamar una mayor satisfacción al daño producido a la víctima: a un incremento del ámbito de lo punible<sup>548</sup>, enlazando por tanto con los en esta cuestión tan socorridos -al menos para determinados

---

<sup>545</sup> (. . .continuación)

<sup>67</sup> (1984), pp. 122 y ss.; ahora también Jescheck/Weigend, AT<sup>6</sup>, § 25 V 2.

<sup>546</sup> Así lo teme Ebert, JZ 1983, p. 643; cfr. también las consideraciones en similar dirección de W. Hassemer, FS Klug II, p. 232; Roxin, *Política criminal y estructura del delito*, pp. 69 y s.; vid. ahora -a partir de la quinta edición de esta obra- también Jescheck/Weigend, AT<sup>6</sup>, § 25 V 2.

<sup>547</sup> Cfr. sólo Fattah, en *idem*: (ed.), *Towards a Critical Victimology*, pp. 42 y s.; Mawby/Walklate, *Critical Victimology*, pp. 23 y ss.

<sup>548</sup> Así W. Hassemer, FS Klug II, pp. 228 y ss.; *idem*, *Grundlagen*, pp. 71 y s.

sectores políticos- planteamientos de ley y orden<sup>549</sup>. Así, se ha dicho con razón<sup>550</sup> que la vinculación de los intereses de la víctima con las concepciones de *law and order* forma parte de las "interpretaciones erróneas casi 'clásicas' en política criminal"<sup>551</sup>.

Ha de tenerse en cuenta ya en un plano interno de esta argumentación -además de las evidentes objeciones que pueden plantearse de principio a estas posturas- que la legislación "a golpe de telediario", en este caso, incrementando las penas por la "impresión social" producida por la asunción emocional de la perspectiva de la víctima, puede producir efectos exactamente contrapuestos a los perseguidos: el establecimiento de marcos penales elevados puede conducir a que en la práctica los órganos de la Administración de Justicia establezcan mecanismos especialmente selectivos de

---

<sup>549</sup> En este sentido, por ejemplo, **Sessar**, FS Jescheck II, p. 1150; **Larrauri Pijoan**, en **Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan**, *Victimología*, pp. 79 y s.

<sup>550</sup> **Jung**, ZStW 93 (1981), p. 1176, nota 101.

<sup>551</sup> Desde la perspectiva de la criminología, cfr. sobre esta cuestión, por todos, **García-Pablos de Molina**, *Manual de criminología*, pp. 97 y ss. y **Schneider**, *Einführung in die Kriminologie*, pp. 321 y s. Cfr., además, las referencias de **Fattah** (en: **idem** [ed.], *Towards a Critical Victimology*, pp. 5 y ss., 8 y ss., 11 y s.) sobre ciertos efectos producidos en el sistema penal estadounidense por medio de la instrumentalización de los intereses de las víctimas por sectores políticos conservadores (reducción de la posibilidad de conceder libertad bajo fianza o condena condicional, elevación de los marcos penales, supresión de beneficios penitenciarios, incremento de los supuestos de imposición y ejecución de la pena de muerte, etc.).

persecución penal<sup>552</sup>, es decir, que en realidad estas posturas pueden producir una mayor desprotección real de la víctima<sup>553</sup>. Y también debe advertirse que una atención unilateral a la víctima, a la lesión que ha sufrido, puede generar "tendencias (político-criminales) utópicas de individualización"<sup>554</sup>, al pensarse por parte de algunos victimólogos que en el marco del sistema jurídico-penal resulta posible adecuar la respuesta penal al daño generado en cada caso concreto. Otra de las vertientes que ha de tenerse en cuenta en esta cuestión es que la imposición -con garantía penal- de amplios deberes de velar por la seguridad de otros (de las potenciales víctimas) puede implicar una actitud de tutela paternalista hacia la víctima, contraria su desarrollo e incompatible con la consideración de la víctima como sujeto responsable<sup>555</sup>.

Si la introducción de la figura de la víctima, por el contrario y en tercer lugar, tiene lugar resaltando el carácter responsable de ésta, la valoración dogmática de su contribu-

---

<sup>552</sup> Cfr el análisis de **Frommel** (MSchrKrim 68 [1985], pp. 353 y ss., 358, 359) de esta cuestión.

<sup>553</sup> Cfr. **Silva Sánchez**, en: **Beristain/de la Cuesta** (ed.), *Victimología*, p. 233.

<sup>554</sup> **Arzt**, MSchrKrim 67 (1984), pp. 120 y s.

<sup>555</sup> En este sentido, por ejemplo, ya **Exner**, FG Frank, p. 590; **Naucke**, en: **Lüderssen/Sack** (ed.), *Abweichendes Verhalten II* 1, pp. 340 y s. [respecto de la cuestión de la relación entre engaño y error en la estafa]; también en este sentido **NK-Puppe**, n.m. 178 previo a los §§ 13 y ss.; sobre esta cuestión vid. en el presente estudio *infra* § 8 II. C.

ción al hecho tendrá el sentido político-criminal de reducir el ámbito de lo punible<sup>556</sup>.

Esta valoración dogmática podrá ser tildada, por un lado, de formar parte de las "tendencias de privatización"<sup>557</sup> si va acompañada de un planteamiento conforme al cual la víctima "responsable" debe poder decidir en alguna medida acerca de la relevancia jurídico-penal del suceso, en atención a qué valoración le merece la lesión que ha sufrido. Está claro que esta "restitución del conflicto" a los sujetos inmediatamente afectados (utilizando la conocida formulación de **Christie**<sup>558</sup>), acabaría por significar un abandono del concepto de víctima propio del Derecho penal, al no tener éste ya el poder de definición, sino la propia persona afectada

---

<sup>556</sup> En este sentido dice **Eser** que "no cabe evitar la impresión de que la víctima-dogmática en su conjunto es una especie de programa de exoneración del autor" (FS Mestmäcker, p. 1022, nota 112).

<sup>557</sup> **W. Hassemer**, FS Klug II, p. 226; *idem*, Grundlagen, pp. 77 y s.; **Neumann**, en: **W. Hassemer**, Strafrechtspolitik, pp. 249 y ss.; en sentido similar, **Eschweiler**, Selbstgefährdung, p. 125; **Derksen**, Handeln auf eigene Gefahr, p. 21; **Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan**, Victimología, p. 27; **Gössel**, GA 1995, p. 382. En opinión de **Tamarit Sumalla** (La reparación a la víctima, pp. 119 y s.), esta tendencia reprivatizadora so sólo está en la base de las corrientes victimodogmáticas, sino que constituye también el fundamento último de los programas de compensación-reparación (cfr. en el mismo sentido también **Gracia Martín**, en: *idem* (coord.)/**Boldova Pasamar/Alastuey Dobón**, Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español, p. 45. Llama la atención, por otro lado, sobre el hecho de que la reprivatización puede significar también un debilitamiento de las garantías pensadas para el autor **Silva Sánchez**, AP 1996, p. 250. Sobre las tendencias abolicionistas en general, cfr. sólo la exposición de **Silva Sánchez**, Aproximación, pp. 18 y ss.

<sup>558</sup> En BritJCrim 17 (1977), pp. 1 y ss., 10 y ss. Cfr. sobre la evolución en EE.UU. en esta dirección, críticamente, **Weigend**, ZStW 96 (1984), pp. 772 y ss.; cfr. también **Jung**, MSchrKrim 76 (1993), pp. 50 y ss.

por el hecho delictivo<sup>559</sup>. Y si es la propia víctima quien puede decidir si se considera a sí misma "víctima" en el sentido jurídico-penal, correlativamente dispone también sobre la definición de "delito". Visto desde la perspectiva del autor, puede pensarse que al confiar éste en escapar a la persecución penal llegando a un "arreglo" con la víctima, desaparecería todo efecto preventivo del ordenamiento penal<sup>560</sup>: en suma, se generaría un panorama muy distinto del que conocemos en la actualidad. Claro está también que esta visión que propugna una de-estatalización de los mecanismos de solución de conflictos admite una versión algo distinta del programa de **Christie** (quien parece estar sobre todo preocupado por la ineficacia del aparato burocrático de la Administración de Justicia). En efecto, quizás puede establecerse cierta conexión entre las posturas que sostienen que el hecho penal es esencialmente un "conflicto privado" y que como tal debe ser resuelto por medio de procedimientos más cercanos a las "bases" sociales y la idea de que en todo caso se trata de un conflicto sin responsable, es decir, de que "la sociedad es la culpable"<sup>561</sup>. Esto quizás sea exagerar las perspectivas del punto de vista "reprivatizador" en este ámbito, pues, de hecho, como dice con razón **Silva Sán-**

---

<sup>559</sup> Así lo señala **Seelmann**, JZ 1989, p. 673.

<sup>560</sup> Cfr. **Roxin**, RuP 1988, p. 70.

<sup>561</sup> Así las consideraciones críticas de **Hillenkamp**, *Einfluß*, p. 15, y, en sentido similar, **Ebert**, JZ 1983, p. 641; **Mantovani**, *PG*, pp. 233 y s.; sobre la postura abolicionista desde una perspectiva general, cfr. sólo **Silva Sánchez**, *Aproximación*, pp. 18 y ss., 20 y ss.

chez<sup>562</sup>, este argumento *ad absurdum* podría aplicarse con igual razón a otras muchas construcciones dogmáticas fundadas de algún modo en la atribución de "responsabilidad" al "medio" (a la sociedad) en vez de al autor del hecho. Dicho de modo sintético en lo que se refiere al campo dogmático: no todo intento de introducir a la víctima en el sistema esconde una intención abolicionista<sup>563</sup>.

El punto de partida en el carácter "responsable" de la víctima, por otro lado, también puede constituir la base de un planteamiento en el que la figura de la víctima aparece como uno de los sujetos a los que debe atribuirse el suceso. A este punto de vista se le reprochará que favorece la política de *blaming the victim*<sup>564</sup> (consecuencia: "victimización secundaria"<sup>565</sup>), se le acusará de preparar el retorno al derecho del más fuerte<sup>566</sup>, a la moral del "salvaje oeste"<sup>567</sup>.

---

<sup>562</sup> En: CGPJ (ed.), *Victimología*, pp. 34 y s.

<sup>563</sup> Cfr., por ejemplo, *infra* §§ 8 y ss.

<sup>564</sup> Sobre ello **Silva Sánchez**, en: CGPJ (ed.), *Victimología*, pp. 19 y ss., 33 y ss. Específicamente desde la perspectiva criminológica sobre este fenómeno en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, **Henry/Beyer**, MSchrKrim 68 (1985), pp. 340 y ss., 344 y ss.; cfr. también el acertado análisis y crítica de **Landrove Díaz** (en: **Beristain/de la Cuesta** [ed.], *Victimología*, pp. 189 y ss.) de la tristemente famosa SAP Pontevedra 27.2.1989, que constituye un caso paradigmático -y verdaderamente odioso- de culpabilización de la víctima.

<sup>565</sup> Cfr., entre otros muchos, **Kiefl/Lamnek**, *Soziologie des Opfers*, pp. 239 y ss.; **Schneider**, Jura 1988, pp. 638 y s.; **Landrove Díaz**, en: **Beristain/de la Cuesta** (ed.), *Victimología*, pp. 187 y s.; **Correra/Riponti**, *La vittima*, pp. 62 y ss.; **Mawby/Walklate**, *Critical Victimology*, pp. 32 y ss., 37 y ss.

<sup>566</sup> Así muy señaladamente **Hillenkamp**, *Einfluß*, pp. 17 y s.

## 2. ¿Sanciones a las víctimas?

Llevando esta última reflexión a su último extremo -y, ahora sí, ya claramente en el plano de la política legislativa-, podría pensarse en que no sólo hay que privar a la víctima de protección *ex post* -recortando en alguna medida la sanción penal a quien la ha lesionado-, sino incluso amenazarla de pena a efectos preventivos: existen de hecho en la doctrina ciertas reflexiones que podrían considerarse como pertenecientes a una "victimo-política (criminal)"<sup>568</sup> y que se ocupan no ya sólo de la conveniencia de reducir la punibilidad de los autores en supuestos en los que la víctima hubiese podido tomar medidas de autoprotección, sino de la posibilidad -que puede parecer absurda a primera vista- de utilizar una sanción a la víctima como medida político-criminal para evitar la comisión de delitos<sup>569</sup>, pudiendo consistir esta sanción en una retirada significativa de la protección penal o incluso en una "sanción" en sentido estricto. En este sentido, por ejemplo, **Arzt**<sup>570</sup> ha afirmado que es "...más sincero amenazar con una pena de bagatela a la 'víctima' del hurto de su coche cuando

---

<sup>567</sup> (. . .continuación)

<sup>567</sup> En este sentido respecto de la idea de la autoprotección de la víctima como criterio determinante en el caso del delito de estafa **Frommel**, *Streit* 1/1988, p. 38.

<sup>568</sup> La expresión es de **Ebert**, *JZ* 1983, p. 633.

<sup>569</sup> Cfr. el incisivo estudio de **Harel** (*CalLR* 82 [1994], pp. 1181 y ss.), en el que desde la perspectiva del Derecho anglosajón -especialmente, el de los EE.UU. se extraen las consecuencias últimas de esta perspectiva en cuanto a la fundamentación del Derecho penal. el sistema penal como mecanismo de protección a las potenciales víctimas (*loc. cit.*, p. 1182 y *passim*), estando, por lo tanto, dirigido tanto a las víctimas como a los autores (*loc. cit.*, p. 1185 y *passim*; cfr. la crítica de este planteamiento aquí *infra* § 7 II. B. 4.) Cfr. también, por todos, la exposición de **Ebert** (*JZ* 1983, pp. 634 y s.) sobre la cuestión de los hurtos en grandes superficies de venta y sobre la de las detenciones ilegales con petición de rescate, exposición que demuestra que no es tan absurda la idea como pudiera parecer a primera vista, o, al menos, que encuentra defensores.

<sup>570</sup> *MSchrKrim* 67 (1984), pp. 116 y s., nota 53.



no había tomado medidas de seguridad respecto de su vehículo, que gravarla de manera mucho más fuerte retirándole la protección del seguro". Puede que este planteamiento sea más "sincero", o más coherente desde el punto de vista meramente económico: pero también está claro que esta idea no cuadra con el modelo establecido de Derecho penal. Pues es evidente que -con independencia de que fueran adecuadas tales medidas de "punición de la víctima" desde el punto de vista político-criminal (exclusivamente en el sentido funcional de la efectividad para la prevención de delitos)<sup>571</sup>- en todo caso servirán a la protección de otros intereses distintos a los de la víctima<sup>572</sup>, es decir, se obligaría a la víctima a la autoprotección (bajo pena) en interés de futuras-potenciales víctimas, instrumentalizando a la víctima "descuidada" como refuerzo a la prevención. Así se expresa abiertamente cuando se le atribuye a la víctima una misión de prevención:

"...es injusto dejar de tener en cuenta la conducta de la víctima en los procedimientos penales, pues teniendo en cuenta la mayor probabilidad de que las víctimas descuidadas (en relación con las precavidas) se conviertan realmente en víctimas de hechos delictivos, los costes de la protección de víctimas descuidadas son superiores a los de la protección de víctimas cuidadosas. Por lo tanto, en el sistema actual, las víctimas precavidas son explotadas para proteger a las descuidadas."<sup>573</sup>

---

<sup>571</sup> Parece claro que desde tal ángulo exclusivamente funcional "...a veces es más realista intentar cambiar el comportamiento de la víctima" que el del autor (Pittaro, IP 1977, p. 594); cfr. también la acertada crítica de Ebert, JZ 1983, p. 643.

<sup>572</sup> Ebert, JZ 1983, pp. 642 y s.

<sup>573</sup> Harel, CalLR 82 (1994), p. 1183; sobre el punto de vista de Harel cfr. también *infra* § 7 II. B. 4.

Esta problemática muestra, en todo caso, hasta qué punto en el ámbito general de los conceptos de "víctima" y "autor" se produce una enorme confusión<sup>574</sup> y también la necesidad de una reflexión acerca de la incardinación de la figura de la víctima no sólo en instituciones dogmáticas concretas, sino en los fundamentos mismos del Derecho penal<sup>575</sup>.

### 3. *Blaming the victim* - "*blaming the committer*": el dilema victimológico

Sin embargo, es evidente que si no se tiene en cuenta una intervención relevante de la víctima en el acontecer que conduce a la lesión de sus bienes jurídicos, se estará incrementando automáticamente la punibilidad del autor por encima del nivel adecuado, pues parece que la perspectiva exclusiva del interés de protección de los bienes jurídicos conlleva una tendencia expansiva en cuanto al ámbito de lo punible. Es decir, que se produciría un correlativo, valga la expresión, "*blaming the committer*" (excesivo)<sup>576</sup>. Se plantea, entonces, un verdadero "dilema de los argumentos victimológicos" o "dilema victimológico": si la intervención

---

<sup>574</sup> Cfr. sobre esto *infra* § 7 II. B.

<sup>575</sup> Cfr. la propuesta desarrollada *infra* §§ 8 y ss.

<sup>576</sup> Así lo señalan con razón W. Hassemer, FS Klug II, p. 232, nota 73 y Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología*, p. 33; pues está claro, por otro lado, que la aplicación de la represión penal convierte a su vez al delincuente en "víctima" (cfr. sobre esto Zipf, MschrKrim 53 [1970], p. 5; Landrove Díaz, en: Beristain/de la Cuesta [ed.], *Victimología*, pp. 149 y ss.)

del titular del bien jurídico afectado no es tomada en cuenta, se producirá un castigo en exceso al autor; si la relevancia atribuida a esa aportación es exagerada, se estará culpabilizando injustificadamente a la víctima<sup>577</sup>.

#### 4. Victimología y dogmática

En atención a esta protección político-criminal de la cuestión parece evidente -así puede anticiparse- que el punto de arranque contextual de las aproximaciones victimodogmáticas, esto es, el redescubrimiento de la víctima en las investigaciones empíricas de la victimología, por sí mismo no aporta mucho a la resolución de los problemas jurídicos que la materia plantea: pues por un lado, son precisamente los victimólogos los que temen que la victimología acabe convirtiendo en autores a las víctimas; el hecho de que la victimología como ciencia se ocupe de las víctimas no significa, desde luego, que quiera culparlas<sup>578</sup>. Por otro lado, en el momento actual los objetos de investigación de la victimología son completamente distintos de las preocupaciones dogmá-

---

<sup>577</sup> Cfr. la expresión en **Frommel**, MSchrKrim 68 (1985), pp. 351 con nota 2, 353, 356; resalta también este problema **Silva Sánchez**, en: **Beristain/de la Cuesta** (ed.), *Victimología*, p. 107, quien considera que la ambivalencia es "probablemente la característica más significativa de los argumentos victimodogmáticos"; cfr. también en sentido similar **Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan**, *Victimología*, pp. 26 y ss.

<sup>578</sup> Así, por ejemplo, **Hillenkamp**, *Einfluß*, p. 12; en este sentido también **Schneider**, *Einführung in die Kriminologie*, p. 322.

ticas de la victimodogmática<sup>579</sup>. De hecho, se puede decir que en muchos casos la vinculación entre victimodogmática y victimología se agota en una mera coincidencia terminológica, en la utilización de la victimología como etiqueta<sup>580</sup>.

La victimología, en todo caso y como conclusión previa, no puede ser responsable de una eventual victimización que pueda producirse a través de una "victimodogmática". Por otro lado, también es un "malentendido", probablemente debido a la "polarización, por lo general inconsciente, entre víctima (inocente) y autor (culpable)"<sup>581</sup> pensar que la victimología persiga una mayor punición de los autores. Dependerá, entonces, de modo decisivo de la traducción jurídico-dogmática de los conocimientos victimológicos que éstos no puedan ser usados como coartada para una "instrumentalización del Derecho penal con intenciones político-sociales"<sup>582</sup>. Pues -como se verá- la existencia de varios dilemas de política criminal en este ámbito no basta por sí sola para descalificar

---

<sup>579</sup> Cfr. **Hillenkamp**, *Vorsatztat und Opferverhalten*, pp. 196 y ss.; esto lo reconoce **Schünemann**, FS Faller, p. 372.

<sup>580</sup> Puede servir de muestra de lo dicho el hecho de que, por ejemplo, en la monografía "victimodogmática" de **Fiedler** (*Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, 1990), que incorpora el "principio victimológico" a su título, no aparece ni el más mínimo tratamiento de la bibliografía victimológica.

<sup>581</sup> **Kiefl/Lamnek**, *Soziologie des Opfers*, p. 15; en sentido similar también **Schneider**, *Einführung in die Kriminologie*, p. 322.

<sup>582</sup> **W. Hassemer**, FS Klug II, p. 230; en similar sentido también **Ebert**, JZ 1983, p. 643.

todo desarrollo dogmático, sino que, por el contrario, es precisamente el reconocimiento de la problemática y su solución a través de una fundamentación y construcción dogmáticas consistentes lo que debe ser enjuiciado al valorar la "victimodogmática".

## II. Dogmática y victimodogmática

-----

### A. Elementos esenciales de la victimodogmática

#### 1. El principio victimológico

Las aproximaciones dogmáticas que se agrupan bajo el rótulo de la "victimodogmática" se han concretado, en lo que se refiere a la dogmática de la Parte General, ante todo en el así llamado "principio victimológico". Desde el punto de vista metodológico, este principio se configura como máxima de interpretación teleológica de los tipos penales<sup>583</sup>. En cuanto a su contenido material, en palabras de **Schünemann**, quien puede ser considerado su principal impulsor, éste consiste (como denominador mínimo común de los "victimodogmáticos") en la tesis de que "la imposición de la pena como ultima ratio del Estado no es apropiada en aquellos casos en los que la víctima no merece protección y no necesita de protección", de modo que han de "eliminarse del ámbito de lo punible ...todas aquellas formas de comportamiento... frente a las cuales la víctima puede protegerse a sí misma de modo sencillo y exigible sin más"<sup>584</sup>. La fundamentación de este

---

<sup>583</sup> **Schünemann**, FS Faller, p. 362; **idem**, NStZ 1986, pp. 439, 442; **Silva Sánchez**, LH Beristain, p. 639; **idem**, en: CGPJ (ed.), *Victimología*, p. 28.

<sup>584</sup> NStZ 1986, p. 439; vid. también **idem**, en: **Schneider** [ed.], *Verbrechensopfer*, pp. 410 y s.; **idem**, en: **idem/Pfeiffer**, *Die Rechtsprobleme von AIDS*, pp. 450 y s.; cfr. ya antes **idem**, FS Bockelmann, pp. 130 y s.; **idem**, FS Faller, p. 362.

principio se obtiene de modo deductivo<sup>585</sup> sobre la base de determinadas consideraciones relativas a la misión del Derecho penal: partiendo de que sólo es admisible la intervención penal en defensa de bienes merecedores de protección, las conductas tipificadas son merecedoras de pena. Pues, de nuevo según **Schünemann**, de igual modo que sólo la consideración de la víctima en el plano empírico conduce a una criminología completa, "...también desde la perspectiva **normativa** resulta evidente que el merecimiento y la necesidad de pena del autor hallan correspondencia en el merecimiento y en la necesidad de protección de la víctima..."<sup>586</sup>. El Derecho penal debe ser el medio adecuado para la protección de los bienes; especialmente, no debe producir consecuencias desproporcionadas<sup>587</sup>.

En este sentido, sólo cabría incriminar conductas necesitadas de pena: debe existir una correspondencia entre la necesidad de pena del comportamiento del autor y la necesidad de protección de la víctima<sup>588</sup>. A esta argumentación se le añade que el principio de subsidiariedad impone la incrimina-

---

<sup>585</sup> Así lo afirma el propio **Schünemann**, en: **Schneider** (ed.), *Verbrechensopfer*, p. 410; en este sentido también **Silva Sánchez**, LH Beristain, pp. 637 y s.; **idem**, en: CGPJ (ed.), *Victimología*, p. 26; **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 110.

<sup>586</sup> FS Faller, p. 362 (subrayado en el original).

<sup>587</sup> **Schünemann** FS Bockelmann, p. 129; **idem**, en: **Schneider** (ed.), *Verbrechensopfer*, p. 410; **idem**, NSTZ 1986, pp. 195, 439; en sentido similar, R. **Hassemer**, *Schutzbedürftigkeit*, pp. 22 y ss.

<sup>588</sup> R. **Hassemer**, *Schutzbedürftigkeit*, pp. 54 y s.

ción penal tan sólo si no existen medios sociales de solución del conflicto<sup>589</sup>: en este sentido, se llega a la conclusión antes reproducida de que no cabría inculpar aquellas conductas frente a las cuales la víctima puede protegerse por sí misma.

## 2. Ambito de aplicación

No es muy claro el ámbito de aplicación que sus partidarios proponen para este "principio" victimológico. Hasta el momento, la mayoría de los análisis monográficos y de las aportaciones victimodogmáticas en general se han centrado en algunas figuras delictivas, como la revelación de secretos

---

<sup>589</sup> **Schünemann**, en: **Schneider** [ed.], *Verbrechensopfer*, p. 411; **idem**, NStZ 1986, pp. 195, 439; **R. Hassemer**, *Schutzbedürftigkeit*, pp. 35 y s., 51 y ss.



privados<sup>590</sup>, la estafa<sup>591</sup> o la apropiación indebida<sup>592</sup>, pertenecientes en su mayoría al ámbito patrimonial.

Como reflexión general sobre el campo de aplicación de la victimodogmática ha tenido cierta aceptación la diferenciación entre "delitos de relación" y "delitos de intervención". En la concepción de **Schultz**, quien propuso que se estableciese la categoría de los "delitos de relación", éstos son "aquellos hechos que se generaron en una determinada relación humana o al menos fueron determinados de modo decisivo por tal relación". Para que pueda considerarse que se trata de un delito de relación, es necesario que se produzca "una confrontación actual, directa entre autor y vícti-

---

<sup>590</sup> Así **Schünemann**, ZStW 90 (1978), pp. 11 y ss., 54 y ss.

<sup>591</sup> Es éste el delito respecto del cual mayor número de aproximaciones victimodogmáticas se han producido: mientras que **Amelung** (GA 1977, pp. 1 y ss., 10 y ss.) y **R. Hassemer** (*Schutzbedürftigkeit*, pp. 127 y ss., 141 y ss.) reinterpretan el elemento típico del error desde la perspectiva victimodogmática, **Arzt** (MschrKrim 67 [1984], p. 105) y **Ellmer** (*Betrug und Opfermitverantwortung*, pp. 278 y ss.) prefieren hacer uso de esta perspectiva para redefinir el comportamiento engañoso; **Kurth** (*Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug*, pp. 169 y ss., 177 y ss.) intenta, partiendo de la teoría de la imputación objetiva como imputación de resultados, abarcar la problemática de la relación entre engaño y error con ayuda del criterio del "fin de protección de la norma" fundamentado en consideraciones victimodogmáticas. Sobre estas construcciones cfr. sólo las valoraciones críticas de **S/S<sup>24</sup>-Lenckner**, n.m. 70b previo a los §§ 13 y ss.; **Hillenkamp**, *Opferverhalten*, pp. 19 y s., 21 y ss., 31 y ss.; **Arzt**, GA 1982, pp. 522 y s.; **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 164 y s., nota 49; **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 116 y ss.

<sup>592</sup> **Weber**, en: **Arzt/Weber**, BT 3, n.m. 244 y ss., 248.

ma"<sup>593</sup>. Como ejemplo típico de delito de relación, **Schultz** se refiere a la estafa; el delito de hurto, por el contrario, para él no entra "por regla general" en el campo de los delitos de relación. Las consideraciones de **Schultz** demuestran claramente que utiliza esta categorización para justificar que la relación entre autor y víctima constituye un objeto específico de la investigación criminológica<sup>594</sup>. Posteriormente, y por oposición al grupo de los delitos de relación, se empezó a hablar de "delitos de intervención", que son aquellos hechos en los que el tipo delictivo no presupone que la víctima participe en el comportamiento, sino en los que el autor "interviene en" o "accede a" los bienes jurídicos protegidos sin mediación de su titular. Esta diferenciación también se utiliza dentro de la victimodogmática, concretamente, para delimitar su ámbito de aplicación. En este sentido, quizás ha sido **R. Hassemer** quien ha incorporado de modo más destacado esta distinción a su construcción victimodogmática. En su opinión, en el ámbito de los delitos de relación basta con que la víctima deje de tomar las medidas de autoprotección normales para que desaparezca la nece-

---

<sup>593</sup> **Schultz**, ZStrR 71 (1956), p. 172; **Schultz**, sin embargo, en este trabajo no contrapone terminológicamente los delitos de relación a los de "intervención", sino se refiere como grupo distinto a los delitos de relación a "aquellos hechos que no pueden afectar a una víctima individualmente determinada, así como aquellos en cuyo desarrollo fáctico en el caso individual la relación autor-víctima no juega un papel de configuración" (ibid.).

<sup>594</sup> **Schultz**, ZStrR 71 (1956), p. 179; cfr. también pp. 172 y ss., 177 y ss., donde **Schultz** se refiere a las tipologías de víctimas; también **R. Hassemer**, *Schutzbedürftigkeit*, p. 54 cita a **Schultz** dentro de la bibliografía criminológica.

sidad de protección, mientras que en los delitos de intervención la necesidad de protección sigue existiendo mientras no sea responsable la víctima misma del riesgo generado<sup>595</sup>.

R. Hassemer asienta la diferenciación entre "delitos de relación" y "delitos de intervención", como él mismo reconoce, "de modo parcialmente distinto a como se lleva a cabo en la bibliografía victimológica"<sup>596</sup> en otra categorización, que distingue entre "**tipos congruentes**", en los que cualquier afectación del bien jurídico da lugar a la relevancia típica de lo acontecido: "[que exista] un comportamiento típico depende únicamente del resultado producido"<sup>597</sup> y "**tipos incongruentes**", en los que "...**existen posibilidades de afectación que no son abarcadas por el precepto penal**"<sup>598</sup>. Para R. Hassemer, los "delitos de relación" son a la vez "tipos incongruentes", y por ello permiten la introducción de consideraciones victimodogmáticas para restringir el alcance del tipo. Está claro que un análisis pormenorizado de la propuesta de distinguir entre "tipos congruentes" y "tipos

---

<sup>595</sup> R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit*, pp. 52 y ss., especialmente 54 y s., 63 y ss., 97 y s. También Schünemann considera que se trata de una "diferenciación categorial" "útil" (NSTZ 1986, p. 440; en este sentido también *idem*, FS Faller, p. 370 con nota 41); afirma que no puede fundamentarse desde el punto de vista victimológico la descriminalización de los hurtos en grandes almacenes, al tratarse de un delito de intervención (NSTZ 1986, p. 440, nota 81) y que no es pretensión de la victimodogmática extender su ámbito a los "delitos violentos" (loc. cit., p. 440). En la bibliografía española, se refiere al delito de estafa como "delito de relación" Pérez Manzano, en: *Hacia un Derecho penal económico europeo*, p. 292; también utiliza -si bien en otro contexto algo distinto- esta terminología la STS 20.2.1993 (RA 1383; vid. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. A. 3.).

<sup>596</sup> *Schutzbedürftigkeit*, p. 54.

<sup>597</sup> R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit*, pp. 52 y s.

<sup>598</sup> R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit*, p. 53 (subrayado en el original).

incongruentes" llevaría a una categorización amplia de las diversas infracciones previstas en la Parte Especial y excedería, por tanto, del ámbito del objeto de estudio que aquí interesa. Pero sí puede señalarse que la evolución de la teoría del tipo, particularmente la teoría de la imputación objetiva, si ha aportado algo es la idea que **todos** los tipos necesitan de algo más que un mero resultado natural para su cumplimiento, es decir, en contra de R. Hassemer, que en **todos** los tipos existen posibilidades de afectación que no están abarcadas por el precepto<sup>599</sup>: no toda causación de una muerte automáticamente está abarcada por el tipo del homicidio. En este sentido, la propuesta de R. Hassemer significaría un retroceso muy notable.

La perspectiva victimodogmática apenas ha comenzado a trascender del campo original en el que se han producido las primeras formulaciones dogmáticas apoyadas en ella; sin embargo, puede advertirse con claridad que existen intentos de ampliar el ámbito de actuación del enfoque victimodogmático, en particular, de compatibilizarlo con la doctrina de la diferenciación entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro<sup>600</sup>. Así, por ejemplo, el propio **Schünemann** resalta la relevancia de la interacción entre víctima y autor en atención al ejemplo de la "heteropuesta en peligro consentida"<sup>601</sup> y también respecto de la "autopuesta en peligro"<sup>602</sup>,

---

<sup>599</sup> Cfr., por ejemplo, lo expuesto *supra* § 3 I.

<sup>600</sup> Vid. *supra* § 6.

<sup>601</sup> NStZ 1986, p. 440; vid. también el trabajo de **Fiedler**, *Fremdgefährdung, passim*, al que se aludirá a continuación en el texto.

interpretando otras soluciones desarrolladas en ese ámbito como emanadas del principio victimológico<sup>603</sup>. Incluso formula un pronóstico conforme al cual el "punto de partida victimológico" ha de resultar fructífero para el consentimiento, la legítima defensa, los delitos contra la libertad sexual y los delitos de funcionarios<sup>604</sup>. Está claro ya desde un principio que esta postura "maximalista" contradice, por ejemplo, el contundente rechazo del propio **Schünemann** a tener en cuenta la perspectiva victimodogmática para la problemática de la transmisión del SIDA. Pues en opinión de **Schünemann**, la victimodogmática "carecería de toda relevancia" en ese ámbito, invocando para los delitos de homicidio la existencia del § 216 StGB -que castiga el homicidio a petición- como razón para excluir cualquier consideración victimodogmática<sup>605</sup>.

---

<sup>603</sup> (...continuación)

<sup>602</sup> NSTZ 1982, p. 62; en este sentido también **Fiedler**, *Fremdgefährdung*, pp. 147 y ss.

<sup>603</sup> Recuérdesse que antes de propugnar el principio victimológico, **Schünemann** se había sumado a la propuesta de **Roxin** de resolver el problema de autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida en la categoría del "fin de protección de la norma" (cfr. **Schünemann**, JA 1975, pp. 722 y s. y *supra* § 6 I.). Posteriormente, **Schünemann** ha reinterpretado su posición original como derivada materialmente del principio victimológico (en: **Schneider**, *Verbrechensopfer*, p. 415; *idem*, NSTZ 1982, p. 62).

<sup>604</sup> FS Faller, p. 364.

<sup>605</sup> Así lo afirma en JR 1989, p. 90; en sentido similar *idem*, en: *idem/Pfeiffer*, *Die Rechtsprobleme von AIDS*, pp. 450 y ss., 465 y ss.; *idem*, en: **Busch/Heckmann/Marks** (ed.), *HIV/AIDS und Straffälligkeit*, pp. 112 y s.

Al mismo tiempo, estas afirmaciones contradictorias arrojan una luz poco favorable sobre la utilización de la distinción entre "delitos de relación" y "delitos de intervención" que hace **Schünemann**. Pues aunque no ofrece ninguna fundamentación de las dos categorías, considera que pueden ser un elemento para delimitar el ámbito de aplicación del principio victimológico<sup>606</sup>. Y partiendo de cualquiera de las definiciones de la distinción, sea la de **Schultz** o la de **R. Hassemer**, ¡difícilmente puede imaginarse una situación más "de relación" que la de los contactos sexuales!.

Particularmente ha profundizado en esa "vía expansiva" en cuanto al ámbito de aplicación de la victimodogmática **Fiedler**, intentando tomar como base el "principio victimológico" formulado por **Schünemann** para realizar una construcción dogmática que permita alcanzar una solución a los casos de "heteropuesta en peligro consentida"<sup>607</sup>. Para **Fiedler**, el "principio victimológico", tal y como ha sido formulado por **Schünemann**, es el que permite introducir en este ámbito adecuadamente la idea de "autoresponsabilidad" de la víctima<sup>608</sup>. De este modo, el principio victimológico se incorpora como instrumento dogmático a la Parte General de la teoría del delito. En el plano metodológico, ello ha de suceder por la vía de de la interpretación teleológica de los tipos pe-

---

<sup>606</sup> NStZ 1986, p. 440, nota 81.

<sup>607</sup> En su monografía *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, 1990; cfr. también **R. Hassemer**, *Schutzbedürftigkeit*, pp. 83 y ss.

<sup>608</sup> **Fiedler**, *Fremdgefährdung*, pp. 119 y ss.

nales<sup>609</sup>. Concretamente, según **Fiedler**, la decisión ha de tomarse en cada caso individual sobre la base de una ponderación en el plano de la tipicidad<sup>610</sup>.

### 3. Elementos definitorios de la víctimodogmática

Como rasgos comunes de estas aportaciones víctimodogmáticas pueden entonces enunciarse las siguientes características materiales: en primer lugar, pretenden deducir la necesidad de valorar la intervención de la víctima en la imputación penal de los principios limitadores del Derecho penal de subsidiariedad y fragmentariedad. En segundo lugar, la concreción dogmática básica de estas consideraciones debe lograrse de acuerdo con estas concepciones mediante una interpretación teleológica restrictiva de los tipos penales.

---

<sup>609</sup> **Fiedler**, *Fremdgefährdung*, pp. 178 y ss.

<sup>610</sup> *Fremdgefährdung*, pp. 122 y ss., 183 y ss., mostrando la configuración concreta de esa ponderación notables similitudes con soluciones de ponderación planteadas desde la teoría del consentimiento (cfr. *supra* § 5 I. B., § 5 II. A. 3.).

## B. Puntos débiles de las aproximaciones victimodogmáticas

### 1. Insuficiente conexión con la construcción dogmática global

Como se ha dicho antes, una de las características que distingue a las aproximaciones victimodogmáticas es su especificidad respecto del problema tratado. Probablemente por haber recibido su impulso inicial desde el campo de la criminología, este carácter específico se expresa en una notable desconexión respecto de instituciones dogmáticas ya existentes que habían servido con anterioridad para el tratamiento de los problemas materiales en cuestión. Por otro lado, también se expresa en que de forma mayoritaria el marco sistemático elegido para aplicar dentro de la teoría del delito esté tan alejado de las instituciones tradicionales de la Parte General como la mera referencia a la "interpretación teleológica". En este sentido, puede decirse que desde la perspectiva dogmática tradicional la victimodogmática se presenta como una especie de bloque errático en la teoría del delito<sup>611</sup>: las concepciones victimodogmáticas en gran

---

<sup>611</sup> Como ya se ha señalado, esta condición de "bloque errático" se ve "correspondida" en gran medida por algunas aproximaciones dogmáticas de corte más tradicional (vid., por ejemplo, la escasa atención que presta en su por lo demás amplia monografía **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit, passim*, a la victimodogmática). Ello no sólo puede explicarse con base en el poco claro campo de aplicación de la victimodogmática sobre esto, además de las consideraciones ya hechas, vid. a continuación en el texto en el siguiente apartado-, pues no parece que pueda optarse por la "solución" de confinar a la victimodogmática a la Parte Especial, ya que -como también se verá a continuación en el texto- al menos existe la pretensión de algunos victimodogmáticos de asentar la victimodogmática en la Parte General.



medida intentan trasladar sus consideraciones materiales al campo dogmático sin integrarlas en las elaboraciones dogmáticas ya existentes o al menos ponerlas en relación con éstas<sup>612</sup>.

## 2. Ambito de aplicación

Quizás una de las cuestiones que menos claras estén en las aproximaciones victimodogmáticas es el ámbito de aplicación que pretenden abarcar. Si bien es cierto que la mayoría de sus representantes se han ocupado de modo sectorial de ciertos delitos<sup>613</sup>, muy particularmente de la estafa, también está claro que la formulación de sus bases metodológicas ("principio victimológico" como principio general de interpretación teleológica) llevan implícita la vocación de expansión hacia la Parte General<sup>614</sup>. Además, ya se ha señalado

---

<sup>612</sup> Llama, por el contrario, la atención sobre el hecho de que ya existen aproximaciones doctrinales sobre el ámbito de actuación de la victimodogmática, por ejemplo, con una actitud crítica hacia la victimodogmática, **Torío López**, LH Fernández Albor, pp. 714 y ss.; cfr. también en este sentido **Hillenkamp**, *Einfluß*, p. 13; cfr. también, desde otra perspectiva, menos crítica, **Silva Sánchez**, LH Beristain, pp. 635, 643; *idem*, en: CGPJ (ed.), *Victimología*, pp. 19, 32.

<sup>613</sup> De hecho, se ha defendido a la victimodogmática frente a ciertos ataques afirmando que en realidad ésta no pretende abarcar tanto como le imputan sus críticos (en esta línea, por ejemplo, **Silva Sánchez**, en: CGPJ [ed.], *Victimología*, p. 29).

<sup>614</sup> Cfr., sin embargo, la perspectiva algo distinta de **Silva Sánchez** (en: **Beristain/de la Cuesta** [ed.], *Victimología*, p. 202), para quien más que una teoría de la corresponsabilidad de la víctima, es necesario desarrollar una "tópica".

que representantes muy señalados de la "victimodogmática" afirman explícitamente que habría que extender el ámbito de aplicación de aquella, por ejemplo, a los topos de la "participación en una autopuesta en peligro" y de la "heteropuesta en peligro consentida"<sup>615</sup>.

Como expresión de estas inseguridades en torno a cuál es el campo que pretenden abarcar las aproximaciones victimodogmáticas merece una mención especial la diferenciación entre "delitos de intervención" y "delitos de relación" que antes se ha mencionado. Desde que **Schultz** plantease las bases de esta distinción<sup>616</sup>, ha venido vagando por la dogmática jurídico-penal sin que se concretase de modo satisfactorio su contenido o sus fundamentos materiales<sup>617</sup>. De hecho, **Schultz** -como ya se ha señalado- no propuso esta terminología con la finalidad de establecer una categorización dogmática, sino para justificar metodológicamente la autonomía de las investigaciones criminológicas sobre la víctima del delito. Pues las afirmaciones dogmáticas de **Schultz** en el trabajo citado se refieren a consideraciones de medición de la pena, y no a la distinción entre "delitos de relación" y otros. Esto queda corroborado además por una posterior recensión de **Schultz** al trabajo de habilitación de **Hillenkamp** *Vorsatztat und Op-*

---

<sup>615</sup> Cfr. *supra* § 7 II. A. 2.

<sup>616</sup> ZStrR 71 (1956), p. 172.

<sup>617</sup> Cfr. *supra* § 7 I. A. la crítica al planteamiento de **R. Hassemer**.

*ferverhalten*, en la que hace una "interpretación auténtica" de su trabajo de 1956 en el sentido expuesto<sup>618</sup>. Como se ha dicho antes, los propios victimodogmáticos hacen un uso poco coherente de la distinción. De hecho, la mencionada diferenciación no ha logrado imponerse<sup>619</sup>, y parece que con razón: pues es evidente que puede existir una relación jurídico-penalmente relevante (o mejor dicho: que debería ser relevante desde los propios postulados victimodogmáticos) entre autor y víctima en delitos catalogados como "de intervención"<sup>620</sup>, por lo que la utilidad de la distinción es nula<sup>621</sup>, además de mostrarse desde el punto de vista intrasistemático como un cuerpo extraño en las construcciones victimodogmáticas.

Puede pensarse que esta llamativa inseguridad de la victimodogmática acerca del campo de aplicación que corresponde a sus construcciones puede deberse a ciertas incongruencias en la estructura de sus bases dogmáticas -que pasan a estudiarse a continuación-, en el sentido de que cabe sospechar que resulta más cómodo permanecer en el refugio de ciertos deli-

---

<sup>618</sup> ZStrR 100 (1983), pp. 112 a 114.

<sup>619</sup> Así lo sostiene respecto de la doctrina científica germanoparlante -desde el punto de vista aquí sostenido, acertadamente- **Arzt**, MSchrKrim 67 (1984), pp. 108 y s., nota 14.

<sup>620</sup> **Arzt**, ibidem: por ejemplo, en un delito de hurto o de lesiones.

<sup>621</sup> En este sentido, **Arzt** califica esta distinción (en su recensión de la obra de R. Hassemer, GA 1982, p. 522) como "poco plausible" y "arbitraria".

tos en particular<sup>622</sup> que enfrentarse a las (supuestas) repercusiones del "principio victimológico", por ejemplo, en el ámbito de los delitos contra la vida. En este sentido, cabe plantear la sospecha de que el pretendido carácter deductivo-axiológico de los razonamientos victimodogmáticos oculta en realidad el procedimiento exactamente inverso: la generalización precipitada de determinadas conclusiones halladas en relación con ciertos tipos de delitos en particular. De todos modos, para corroborar esta sospecha es necesario someter a análisis las bases normativas aducidas como fundamento del principio victimológico.

### 3. Fundamentos

La base sobre la que descansa el principio victimológico, como ya se ha señalado, es la idea de que el Derecho penal no debe intervenir cuando la prevención de lesiones a los bienes jurídicos estaba en manos de su propio titular. Esto, según los partidarios de la victimodogmática, tiene dos repercusiones fundamentales: por un lado, en estos casos no existe necesidad de pena respecto del comportamiento del autor. Y, por otro, la persona lesionada ha perdido el derecho a la intervención del sistema penal, no es merecedora de

---

<sup>622</sup> Como queda claro por lo expuesto supra § 7 II. A. 2., ésta es sólo una valoración global, pues sí existen aportaciones "extensivas" en cuanto al alcance de la victimodogmática.

protección<sup>623</sup>. Esta concepción, en lo que se refiere a la primera idea de la falta de necesidad de pena, se articula en cuanto a su fundamentación -de modo poco claro a veces- bien acudiendo al principio de subsidiariedad<sup>624</sup>, bien al principio de proporcionalidad<sup>625</sup>, ambos expresados en la máxima -prácticamente indiscutida- de que el Derecho penal ha de ser la *ultima ratio* de la protección de bienes jurídicos<sup>626</sup>. La segunda consideración, la idea de la falta de merecimiento de protección de la víctima en los supuestos en cuestión, se ubica en otro plano metodológico distinto, en cierto modo previo al anterior: el comportamiento de la víctima haría desaparecer la existencia misma de un bien jurídico digno de protección. Estos dos argumentos aparecen frecuentemente entremezclados<sup>627</sup>, y se llega a decir que sólo este doble fundamento puede servir de base al principio vic-

---

<sup>623</sup> Cfr. sólo **Schünemann**, en: **Schneider** (ed.), *Verbrechensopfer*, pp. 410 y ss.

<sup>624</sup> En este sentido, vid. la argumentación de **Schünemann**, ZStW 90 (1978), p. 32, nota 60; **idem**, FS Bockelmann, p. 128; **idem**, en: **Schneider** (ed.), *Verbrechensopfer*, p. 411; **Hassemer**, *Schutzbedürftigkeit*, pp. 22 y ss.; también **Fiedler**, *Fremdgefährdung*, p. 130.

<sup>625</sup> El propio **Schünemann** (NSTZ 1986, p. 442) atribuye una importancia secundaria a que el principio victimológico sea derivado del principio de subsidiariedad general o del principio de proporcionalidad de la intervención penal en relación con otros medios de intervención estatales.

<sup>626</sup> Sobre las difíciles y poco claras relaciones entre estos tres principios, cfr. últimamente **Prittwitz**, en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, pp. 387 y ss.

<sup>627</sup> Así lo constata también **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 14/18.

timológico, desapareciendo la diferencia teórica entre ambos argumentos con su "utilización práctica"<sup>628</sup>.

a) Subsidiariedad, proporcionalidad y *ultima ratio*

Como se ha dicho, para articular la primera idea, la de la falta de necesidad de pena, se acude al principio de subsidiariedad, según el cual la intervención estatal -en este caso, la penal- debe producirse tan sólo cuando no existen medios sociales de resolución del conflicto, es decir, cuando la víctima hubiera podido protegerse a sí misma<sup>629</sup>. Salta inmediatamente a la vista que en esta argumentación este principio es entendido de modo muy distinto a su comprensión tradicional: de hecho, el principio de subsidiariedad es formulado habitualmente como límite a la intervención reguladora del Estado en ámbitos de libertad de los ciudadanos. Sin embargo, difícilmente puede pensarse que en el campo penal, es decir, de conflictos sociales graves -en el ámbito de nuestro problema, entre ciudadanos- el principio de subsidiariedad deba entenderse como obligación del Estado de retirarse por completo del ámbito conflictivo, convirtiéndolo-

---

<sup>628</sup> Schünemann, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer*, p. 411.

<sup>629</sup> Cfr. sólo Schünemann, ZStW 90 (1978), p. 32, nota 60; *idem*, FS Bockelmann, p. 128; *idem*, en: Schneider (ed.), *Verbrechensopfer*, p. 411; en el mismo sentido -si bien identificando principio de subsidiariedad y principio de *ultima ratio*- Fiedler, *Fremdgefährdung*, pp. 122 y s., 127 y ss.

lo, por tanto, en un "asunto privado"<sup>630</sup>. Entonces, si bien está claro que es cierto que la valoración dogmática del problema que aquí interesa no debe romper con el criterio rector del Derecho penal como reacción exclusivamente justificada en los casos más graves, también es evidente que este mandato se refiere sobre todo al legislador<sup>631</sup> antes que al dogmático. En este sentido, la extensión del principio de subsidiariedad al ámbito de la autoprotección de los ciudadanos dejaría de tener en cuenta que la incriminación penal de determinadas conductas tiene precisamente -entre otras cosas- el significado de exonerar a los particulares de las medidas de autoprotección<sup>632</sup>. El principio de subsidiariedad no puede fundamentar un principio victimológico<sup>633</sup>.

Parece a primera vista que tiene más sentido el intento de hallar una fundamentación en atención al principio de pro-

---

<sup>630</sup> En este sentido, la crítica de **Hillenkamp**, *Einfluß*, p. 13 y s.

<sup>631</sup> Cfr. **Hillenkamp**, *Vorsatztat und Opferverhalten*, pp. 176 y ss.; desde una perspectiva general cfr. sólo **Prittwitz**, en: *Institut für Kriminalwissenschaften* (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, p. 393.

<sup>632</sup> Así, por ejemplo, **Roxin**, *AT I*<sup>2</sup>, 14/20; **Jescheck/Weigend**, *AT*<sup>6</sup>, § 25 V. 2., y, sobre todo, **Hillenkamp**, *Vorsatztat und Opferverhalten*, pp. 177 y ss.

<sup>633</sup> También rechazan la fundamentación a través del principio de subsidiariedad, por ejemplo, *S/S*<sup>24</sup>-**Lenckner**, n.m. 70b previo a los §§ 13 y ss.; **Roxin**, *AT I*<sup>2</sup>, 14/20; *idem*, *Política criminal y estructura del delito*, p. 69; **Maiwald**, *ZStW* 96 (1984), pp. 71 y ss.; **Eschweiler**, *Selbstgefährdung*, pp. 120 y ss.; **Silva Sánchez**, en: *CGPJ* (ed.), *Victimología*, p. 31; **Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan**, *Victimología*, pp. 26 y ss.; **Tamarit Sumalla**, *La reparación a la víctima*, p. 119.

porcionalidad<sup>634</sup>: aparentemente, no hay nada que objetar a la reflexión de que los hechos que sólo adquieren virtualidad lesiva a través de la interacción con la víctima son menos graves y requieren por ello de un tratamiento penal distinto, proporcional, de modo que -en aplicación del principio de fragmentariedad- esta intervención de la víctima puede llegar a hacer desaparecer la gravedad de injusto necesaria para que pueda hablarse de la concurrencia de un injusto típico<sup>635</sup>. Y cabría pensar que de este modo, superando una perspectiva unilateral fijada exclusivamente en el autor, se evitaría, como se ha dicho, la "hipertrofia de imputación" a la que puede llevar la idea de protección de bienes jurídicos enlazada con la configuración del injusto como mera causación evitable<sup>636</sup>.

Pero un análisis más detenido revela rápidamente que estamos ante una verdadera *petitio principii* -y con independencia de que, de nuevo, sea dudoso que pueda integrarse en el análisis dogmático de modo directo un principio que debe regir

---

<sup>634</sup> De hecho, hay quien identifica al principio de subsidiariedad como criterio que en realidad es la "variante jurídico-penal del principio constitucional de proporcionalidad" (**Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 2/27; le sigue **Prittowitz**, en: Institut für Kriminalwissenschaften [ed.], *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, pp. 397 y s.).

<sup>635</sup> Esta parece ser la reflexión de **Silva Sánchez**, en: CGPJ (ed.). *Victimología*, p. 31; menos claro **Schünemann**, NSTZ 1986, pp. 195, 442.

<sup>636</sup> **Schünemann**, NSTZ 1986, p. 442; cfr. sobre la cuestión general de la necesidad de componentes normativos en el concepto de injusto, por todos, **Jakobs**, ZStW 89 (1977), pp. 1 y ss., 18 y s.; vid. también *supra* § 3.



sobre todo el establecimiento de normas penales<sup>637</sup>-, pues: ¿cuáles son los criterios que atribuyen relevancia a la intervención de la víctima? Dicho de otro modo: ¿cómo puede determinarse siquiera que hay "víctima" y "autor"?<sup>638</sup>. En efecto, se le exige aquí demasiado al principio de proporcionalidad. Pues éste no puede llegar a dar una pauta para determinar cuando se cruza la línea a partir de la cual ya no resulta legítimo criminalizar la conducta de quien actúa junto a la víctima, ya que "todo conflicto puede solucionarse si se renuncia a la expectativa defraudada"<sup>639</sup>, esto es, en el ámbito que aquí interesa, afirmando que la víctima es la persona responsable. Pero el principio de proporcionalidad no puede dar la razón material-dogmática por la que en tal o cual caso no es "proporcional" considerar como jurídico-penalmente relevante el comportamiento: "Pues el principio de proporcionalidad tiene como presupuesto [que existan determinados] fines y tan sólo regula la proporcionalidad de los medios, es por tanto un principio formal."<sup>640</sup> Y, sobre todo y en todo caso -con independencia de cuál sea el fun-

---

<sup>637</sup> Desde esta perspectiva, cfr. últimamente las consideraciones del TC sobre las exigencias que el principio de proporcionalidad plantea al legislador en STC 55/1996 (FJ 6º y ss.).

<sup>638</sup> En este sentido plantea su crítica **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, p. 12.

<sup>639</sup> **Jakobs**, AT<sup>3</sup>, 2/27.

<sup>640</sup> **Prittwitz**, en: Institut für Kriminalwissenschaften (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, p. 398; cfr. otro punto de vista conectado con una valoración material en el marco constitucional-, por ejemplo, en **Silva Sánchez**, *Aproximación*, pp. 259 y s., pp. 278 y ss.

cionamiento del principio de proporcionalidad como principio rector de todo el ordenamiento penal-, el recurso al principio de proporcionalidad para justificar la solución dogmática de la victimodogmática es formal, está "vacío" si no se especifica cuál es la base -en la conducta de la víctima- para fundamentar una hipotética falta de proporcionalidad de la sanción penal (y, con ello, la solución dogmática).

Hay que volver entonces a la idea del Derecho penal como *ultima ratio*, que promete al menos cierto contenido material: sólo debe reaccionarse con el sistema penal ante los ataques más graves. Si bien ello es un programa sobre todo dirigido al legislador<sup>641</sup>, como se ha dicho, también quien interpreta la Parte General debe estar obligado por él. Pero inmediatamente ha de percibirse que este programa en el ámbito que nos interesa no es más que eso, un programa: pues ¿por qué y cuándo el comportamiento de la víctima convierte un hecho en menos grave? Aparece aquí una extraordinaria confusión: pues no queda claro que la "victimización fáctica" no tiene -naturalmente- nada que ver con la valoración jurídica del suceso. En este sentido, parece evidente que desde el punto de vista fáctico-natural, es en alguna medida "víctima" de un delito de allanamiento de morada también aquella persona quien da su consentimiento a la entrada por algún engaño menor por parte del "autor", y a pesar de

---

<sup>641</sup> Cfr. desde esta perspectiva sólo las consideraciones de **Silva Sánchez**, *Aproximación*, pp. 246 y ss., 247, con referencias.

ello el autor "se hace invisible jurídicamente"<sup>642</sup>, es decir, no es autor de un delito de allanamiento de morada<sup>643</sup>. Si se pretende partir sencillamente de una concepto "natural" de víctima, se advierte rápidamente que éste no existe<sup>644</sup>.

En este sentido, se ha señalado con razón que existen divergencias muy significativas entre el concepto de víctima utilizado por la Ley penal y el acuñado en la victimología<sup>645</sup>; hay que destacar en este contexto que las definiciones sociales y "técnicas" de delito no tienen por qué coincidir<sup>646</sup>. De hecho, tampoco la victimología dispone de un concepto autónomo-material de víctima<sup>647</sup>. En este ámbito, es indicativo de la magnitud de las discrepancias sobre la idea de "víctima" dentro de la propia victimología el hecho de que exista un sector científico que propone como objeto de estudio no sólo las víctimas de hechos delictivos, sino de cualquier forma de opresión (tendencia denominada "victimología radical"<sup>648</sup>) y otra concep-

---

<sup>642</sup> El ejemplo es de **Arzt**, MSchrKrim 67 (1984), p. 116.

<sup>643</sup> Cfr. respecto de la cuestión en el art. 490 del Código penal de 1973, por todos, **Jorge Barreiro**, *El allanamiento de morada*, pp. 64 y ss., 70 y s.

<sup>644</sup> Cfr. **Zipf**, MSchrKrim 53 (1970), pp. 2 y ss.; **Ebert**, JZ 1983, pp. 633 y ss.

<sup>645</sup> **Correra/Riponti**, *La vittima*, pp. 27 y ss.

<sup>646</sup> **Larrauri Pijoan**, en **Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan**, *Victimología*, pp. 85 y ss.,

<sup>647</sup> Sobre la agitada discusión acerca del concepto de "víctima" en el campo de la criminología, cfr. por todos **García-Pablos de Molina**, *Manual de criminología*, pp. 85 y ss.

<sup>648</sup> Cfr. sobre esta aproximación sólo **Sessar**, FS Jescheck II, pp. 1146 y s.; **Mawby/Walklate**, *Critical Victimology*, pp. 13 y ss.

ción que bajo el rótulo de "victimología general" persigue el tratamiento de todo tipo de sufrimiento-victimización, incluyendo los que tienen causas naturales como enfermedades, catástrofes, etc.<sup>649</sup>.

Y ¿desde esta perspectiva, qué más se sabe aparte de que ha habido alguna "intervención" o "interacción" de la víctima? Pareciera que se produce una especie de *versari in interactio* (con el autor) por parte de la víctima, pero sin que quede fijado qué relevancia corresponde a ese hecho. Esta indefinición, esta pérdida de un punto de referencia, puede en fin admitir incluso la posibilidad de sancionar a la víctima<sup>650</sup>. También para la fundamentación del principio victimológico, por tanto, desde el ángulo de la mínima intervención, antes habrá que determinar la relevancia normativa de las "posibilidades de autoprotección" de la víctima<sup>651</sup>. Y para ello ha de valorarse que se trata de normas públicas, no disponibles por las "partes", como dice con razón **W. Hassemer**<sup>652</sup>. Pues el quebrantamiento de la norma penal como elemento del injusto, la misma lesión del bien jurídico no desaparecen por la mera existencia fáctica de posibilidades de autoprotección por parte de la víctima: dicho en palabras

---

<sup>649</sup> Cfr. sobre esta tendencia sólo **Rodríguez Manzanera**, *Victimología*, pp. 18 y ss.

<sup>650</sup> Cfr. *supra* § 7 I. B. 2.

<sup>651</sup> En este sentido la crítica de **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 120, 132 y ss.

<sup>652</sup> FS Klug II, p. 224.

de **Zaczyk** "...del hecho de que alguien es víctima, nada se deduce respecto de la cuestión acerca de si lo es 'justamente'"<sup>653</sup>. O en la formulación de esta idea aportada por **Larrauri Pijoan**: "...la afirmación de que la víctima ha 'precipitado' el delito no contesta a la pregunta decisiva de si la víctima tenía derecho a comportarse como lo hizo"<sup>654</sup>. Pues el contenido del Derecho penal -como dice en esta misma línea **Puppe**- "...consiste precisamente en las decisiones acerca de frente a cuáles peligros el ciudadano es protegido y frente a cuáles [otros] es remitido a sus posibilidades de autoprotección"<sup>655</sup>.

Parece claro que la primera consideración aducida como fundamento de las posturas victimodogmáticas no es en realidad una base del principio victimológico, sino que en todo caso puede ser un mecanismo de ejecución de un hipotético fundamento normativo que, en su caso, ha de buscarse en otro ámbito.

---

<sup>653</sup> *Selbstverantwortung*, p. 11.

<sup>654</sup> En **Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan**, *Victimología*, p. 93, nota 12.

<sup>655</sup> NK, n.m. 177 previo a los §§ 13 y ss.

**b) Merecimiento y necesidad de protección**

Parece entonces que ese elemento normativo que de modo palmario falta en el esquema de deducción de la victimodogmática antes esbozado ha de encontrarse en la consideración, antes referida, que al igual que en el autor en los supuestos que interesan no concurre ni necesidad ni merecimiento de pena, la víctima carece de "merecimiento" o "necesidad de protección". Con independencia de cuál sea la relevancia de los conceptos de "merecimiento" o de "necesidad de pena" para la teoría del delito<sup>656</sup>, hay que señalar desde un principio que ésta no es la cuestión decisiva. Pues como se observará a continuación, el problema esencial de la aproximación propuesta por los victimodogmáticos en este punto es la explicación del salto dado desde el "merecimiento" o la "necesidad" de pena del autor al "merecimiento" de protección<sup>657</sup> de la víctima, es decir, la conexión de las consideraciones valorativas expresadas en la noción de "merecimiento" de pena con la figura de la víctima. Como se intentará demostrar a continuación, esa conexión no existe: la invo-

---

<sup>656</sup> Sobre la controvertida discusión de estos dos conceptos desde una perspectiva general, en cuanto principios que pueden informar los distintos planos de la teoría del delito o configurar categorías propias dentro de ésta -que, como se verá a continuación, no coincide con el uso dado por los victimodogmáticos-, cfr. últimamente sólo el análisis de **Luzón Peña**, en: *idem/Mir Puig, Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, pp. 199 y ss.

<sup>657</sup> Como se expondrá a continuación en el texto, en el contexto de esta argumentación carece de interés, en realidad, la idea de "necesidad" de protección, reduciéndose en realidad la idea al "merecimiento" de protección.

cación de este pretendido fundamento material es un mero eslógan.

Ante todo -como cuestión previa-, hay que destacar que llama la atención en este punto -como en otros campos dogmáticos- la ambivalencia del uso del concepto de bien jurídico. En efecto, entendido como "principio crítico", destinado a limitar la intervención penal, parece estar en la base de este "principio victimológico" despenalizador a través del principio de "ultima ratio"<sup>658</sup>. Sin embargo, aún dentro de este mismo plano de legitimación del ordenamiento, si la noción de bien jurídico se concibe como idea proteccionista-naturalista, en el pensamiento del bien jurídico parece estar ínsita una tendencia expansiva, hacia una "hipertrofia del Derecho penal"<sup>659</sup> -como critican los victimodogmáticos<sup>660</sup>-. Es claro que -sin advertirlo expresamente- especialmente **Schünemann** utiliza la idea de "bien jurídico" en este campo en los dos sentidos aludidos, es decir, en el plano de la discusión crítica acerca del ordenamiento. Pues al afirmar que ya no existe bien jurídico

---

<sup>658</sup> Cfr. en este sentido la postura adoptada por **W. Hassemer**, FS Klug II, p. 221, para quien el pensamiento del bien jurídico "no persigue la protección de las víctimas, sino la protección de la libertad general de actuación frente al control jurídico-penal ilegítimo"; **Schünemann**, NStZ 1986, p. 442: el "Derecho penal como ultima ratio de la protección de los bienes jurídicos".

<sup>659</sup> En este sentido, desde otra perspectiva, respecto de las distorsiones en el sistema de imputación (objetiva), **Jakobs**, ZStW 89 (1977), pp. 18 y s.; desde un punto de vista más general, **idem**, ZStW 97 (1985), pp. 751, 752 y ss.; **idem**, AT<sup>2</sup>, 2/25a; **idem**, Handlungsbegriff, p. 36; cfr. también **Schünemann**, FS Bockelmann, p. 129; **Frisch**, Tatbestandsmäßiges Verhalten, p. 157; **Müssig**, Rechtsgüterschutz, p. 152, nota 9.

<sup>660</sup> Concretamente aludiendo a la necesidad de integrar la perspectiva de la víctima para evitar tal hipertrofia, **Schünemann**, NStZ 1986, p. 439, notas 66 y 70, p. 442; **Larrauri Pijoan**, en: **Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan**, Victimología, pp. 77 y s.

merecedor de protección<sup>661</sup>, porque la víctima no es "merecedora de protección", es evidente que se está invocando la idea de bien jurídico como "concepto crítico" -no como instrumento dogmático<sup>662</sup>- ¡precisamente para fundamentar una institución dogmática general!. Pero no queda dicho cuál es el fundamento, el paso de conexión material que permite esta utilización del concepto de bien jurídico en un análisis que evidentemente pretende ser dogmático-descriptivo (restringir teleológicamente y de lege lata ciertos tipos, como se ha visto).

Volviendo al hilo central del análisis de la argumentación de fundamentación del "principio victimológico", se plantea entonces cuál es la razón por la que no existe tal lesión relevante de un bien jurídico. Dicho de modo sintético: ¿por qué razón la víctima no "merece" protección?

Es ésta cuestión, la del "merecimiento" de pena, la única en realidad relevante. Pues es evidente que si la idea de "necesidad de protección" se entiende de modo ontológico<sup>663</sup>, queda claro que la víctima sí "necesitaba" protección; de lo contra-

---

<sup>661</sup> Cfr., por ejemplo, la argumentación de **Silva Sánchez** (Aproximación, pp. 287 y ss.) en este plano de la teoría del bien jurídico -incorporando las nociones de "necesidad" y "merecimiento" de protección- como teoría de legitimidad del ordenamiento penal.

<sup>662</sup> Sobre esta diferencia, por todos, **Mir Puig**, *PG*<sup>4</sup>, 4/50 y 6/36 y s.

<sup>663</sup> A menos que la definición de "necesidad" de protección se quiera hacer en términos de costes-beneficios: es decir, definir la "necesidad" de protección como aquella que precisamente no concurre cuando hay determinada desproporción entre los costes privados y públicos que hubieran sido necesarios para evitar la lesión (como propone **Harel**, cfr. *infra* § 7 II. B. 4.) Pero aún desde este entendimiento es preciso incorporar referentes normativos (¿por qué es decisiva la desproporción de costes?)



rio, no hubiera resultado lesionada<sup>664</sup>. Por ello, también la idea de "necesidad de protección" ha de entenderse como que no la necesitaba en cuanto hubiera podido protegerse, y que por ello -por razones normativas<sup>665</sup>- no merece tal protección<sup>666</sup>. En este sentido, el propio **Schünemann** plantea el nivel del "merecimiento" de protección como el plano "de ponderación" decisivo<sup>667</sup>.

Estudiando las argumentaciones de los victimodogmáticos antes expuestas, la sorpresa es mayúscula al comprobar que no hay más respuesta que el razonamiento de que la víctima "podría haber evitado" el suceso. Esta constatación parece indicar que implícitamente se parte de que ha de derivarse de esa posibilidad de evitación la falta de "merecimiento de protección"<sup>668</sup>. De hecho, como se ha señalado, es ésta idea de la pérdida del derecho a la protección (*Verwirkung*) la que más críticas ha acarreado a la perspectiva victimodogmá-

---

<sup>664</sup> En sentido similar **W. Frisch**, NStZ 1992, p. 6.

<sup>665</sup> De modo paralelo a la argumentación victimodogmática discurre la aproximación de **P. Frisch** (*Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 119 y ss.). quien sostiene que la infracción de deberes de autoprotección necesarios para el tráfico por parte de la víctima, cuando le era exigible su respeto, produce la desaparición de la infracción del deber de cuidado por parte del autor en los delitos imprudentes; cfr. también supra § 4. II. B. 2. b).

<sup>666</sup> Duda también de que el criterio de la "necesidad" pueda ser de utilidad sin referencias normativas **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 164.

<sup>667</sup> En: **idem/Pfeiffer**, *Die Rechtsprobleme von AIDS*, p. 451.

<sup>668</sup> Así lo entiende también **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 140.

tica<sup>669</sup>. Y estas críticas político-criminales no quedan rebatidas por un análisis dogmático, una fundamentación distinta de la propuesta de construcción de la victimodogmática. Pues parece -a falta de otra fundamentación, como se ha visto- que su única base está en una respuesta intuitiva al dilema victimológico: en imponer a la víctima la "sanción" de la retirada de la protección jurídico-penal. En efecto, cabe establecer cierto paralelismo con una tendencia a penalizar de este modo a víctimas que a su vez se han comportado de modo reprochable<sup>670</sup>. Pero está claro que esta aproximación carece de valor normativo, y por ello de relevancia dogmática: en primer lugar, un criterio tan individualista como el del merecimiento de protección de tal o cual víctima no puede aspirar a jugar un papel relevante en una concepción dogmática<sup>671</sup>. En segundo lugar, al igual que la argu-

---

<sup>669</sup> Cfr *supra* § 7 I. B. 1.

<sup>670</sup> Cfr. los ejemplos aducidos por **Schultz**, ZStrR 71 (1956), pp. 173 y ss.; enérgicamente en contra de la idea del reproche a la víctima, **Hillenkamp**, *Einfluß*, pp. 10 y ss.; **Dölling**, GA 1984, p. 82, nota 84; también **Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan**, *Victimología*, p. 35, para quienes este planteamiento se acerca a los de la escuela nazi de Kiel.

<sup>671</sup> **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 140; en efecto, cabe hablar de que la utilización del criterio se hace con una perspectiva individual, centrada en si en el caso concreto existe el "merecimiento de protección" con el consiguiente merecimiento de pena para el autor; muy distinta es, en realidad, la discusión en torno al merecimiento o necesidad de protección que se ha desarrollado en los últimos años en la doctrina, en la que se discute -desde muy diversos puntos de vista- cuál es el valor que debe atribuirse a estos dos elementos desde una perspectiva general, de valoración externa introducida en las categorías dogmáticas, de la relevancia del comportamiento (del autor; cfr. **Luzón Peña**, en: **idem/Mir Puig**, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, pp. 199 y ss.), y no de una constatación de ese "valor", dentro del análisis dogmático, en función de la situación concreta (de la víctima), como se hace en la argumentación victimodogmática.

mentación antes expuesta, tampoco se libra del reproche de contener una *petitio principii*, de carecer de justificación normativa<sup>672</sup>. Y esta debilidad dogmática de la base misma de la concepción conlleva, como es lógico, una gran identificación en la solución de los casos concretos, atribuyendo al juez un excesivo margen de determinación, al depender la constatación del "merecimiento" o no de protección de la víctima de criterios valorativos sin refrendo normativo<sup>673</sup>.

Tampoco puede convencer el intento realizado por algunos victimodogmáticos, y particularmente por **Fiedler**, de conectar el "principio victimológico" con la idea de "autoresponsabilidad"<sup>674</sup>, al afirmar que el "principio victimológico" deriva de la dignidad del hombre y es, en ese sentido, expresión del principio de autoresponsabilidad. Este punto de partida tiene el indudable mérito de intentar dotar de una base normativa a la valoración de la conducta de la víctima. Pero en la aproximación de **Fiedler**, esta conexión tan sólo se anuncia, se postula, sin ser llevada a cabo. Pues al mantenerse como núcleo de la argumentación la posibilidad fáctica de la víctima de autoprotegerse (como contenido del

---

<sup>672</sup> Así también **Roxin**, AT I<sup>1</sup>, 14/19; **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 140; **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, p. 3, nota 14; en sentido similar **W. Frisch**, NSTZ 1992, p. 4; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 129 y s.

<sup>673</sup> En sentido similar **Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan**, *Victimología*, pp. 27, 71.

<sup>674</sup> *Fremdgefährdung*, pp. 119 y ss.

principio victimológico), en realidad no se da el paso desde la idea de autoresponsabilidad a la propuesta dogmática del "principio victimológico"<sup>675</sup>, sino que tan sólo se afirma que el principio victimológico deriva de la autoresponsabilidad, pero no se lleva a cabo una fundamentación material de esa idea de autoresponsabilidad<sup>676</sup>. Dicho de otro modo: decir que el principio victimológico deriva de la "autoresponsabilidad" no es más que una mera afirmación, un postulado, mientras no se concrete algo más el contenido de aquella<sup>677</sup>. Y esta debilidad en la fundamentación material de la postura ha de repercutir en inseguridad en el tratamiento dogmático<sup>678</sup>.

---

<sup>675</sup> En este sentido se pronuncia sobre la obra de **Fiedler**, en su recensión de la misma, **Zaczyk**, GA 1991, p. 573; cfr. también *idem*, *Selbstverantwortung*, pp. 10 y s.

<sup>676</sup> Cfr. **Fiedler**, *Fremdgefährdung*, pp. 118 y ss.: primero se habla brevemente de la autoresponsabilidad como emanada de la dignidad del hombre como valor constitucional (pp. 118 a 120), y a continuación simplemente se agrega el principio victimológico (pp. 121 y ss.), sin que en ningún momento se explicita el mecanismo de deducción entre ambos.

<sup>677</sup> Así, frente a la aproximación propuesta por **Fiedler** estaría plenamente justificada la crítica formulada por **Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan** (*Victimología*, pp. 25 y ss.; 32 y ss.; en sentido similar también **Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée**, *PG*<sup>4</sup>, pp. 299 y s.), frente a esta formulación de un principio de "autoresponsabilidad"; en este sentido, puede afirmarse que tal principio "desnaturalizaría las bases del Derecho penal" (**Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan**, *Victimología*, p. 28). Pero hay otras formas de construir un "principio de autoresponsabilidad" (cfr. *infra* § 8)

<sup>678</sup> Respecto de **Fiedler** ha de decirse que su propuesta se limita prácticamente a recomendar una cuidadosa ponderación, sin que quepa distinguir criterios materialmente asentados para realizarla (*Fremdgefährdung*, pp. 178 y ss., pp. 183 y ss., cfr. también *supra* § 7 II. A. 2.); en este sentido crítico respecto de la posición de **Fiedler** también se pronuncia **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, p. 55.

#### 4. Excurso: victimodogmática y "eficiencia" del sistema penal

Las ideas centrales de las aproximaciones victimodogmáticas, dicho sintéticamente, la consideración de que no es necesario incriminar los comportamientos realizados contra víctimas que estaban en condiciones de evitarlos con medidas de autoprotección, también puede ser tomada como punto de partida para una reflexión en clave de costes y beneficios. En este sentido, parece claro, en principio, que el mantenimiento de un sistema público penal para víctimas "despreocupadas" genera más costes que la protección de víctimas que toman medidas de autoprotección. Esta es en síntesis la idea que recientemente ha tomado como punto de partida **Harel**<sup>679</sup> en la doctrina anglosajona desde la perspectiva del análisis económico del Derecho. Después de rechazar algunas posiciones desarrolladas dentro de esa corriente del análisis económico del Derecho, según las cuales la disminución de costes sólo debe buscarse en el lado del autor (es decir, evitar la realización del comportamiento delictivo)<sup>680</sup>, **Harel** construye una propuesta de reformulación, o, mejor dicho, de reinterpretación del sistema penal como mecanismo estatal de reparto de protección<sup>681</sup>, bajo el rótulo de la necesidad de

---

<sup>679</sup> CallLR 82 (1994), pp. 1181 y ss.

<sup>680</sup> Cfr. **Harel**, CallLR 82 (1994), pp. 1197 y ss.

<sup>681</sup> CallLR 82 (1994), pp. 1201 y ss.

introducir un principio de *comparative fault*<sup>682</sup> en Derecho penal. Desde esta perspectiva -junto con razones de "eficiencia"<sup>683</sup>-, un reparto racional de cargas exigiría un reparto igualitario de los costes de la protección, esto es, una disminución en la punición de quienes actúan contra víctimas descuidadas<sup>684</sup>. Claro está que **Harel** realiza restricciones normativas a este punto de partida para poder hacer casar su concepción con el Derecho penal positivo<sup>685</sup>, ya que su intención es la de reinterpretar el ordenamiento norteamericano vigente<sup>686</sup>. Pero estas restricciones vienen acompañadas de un radical cambio de perspectiva (de la "eficiencia" o justicia en el reparto de costes a una "justicia distributiva" de orden superior), rompiéndose así la coherencia de la concepción.

---

<sup>682</sup> Similar a la compensación de culpas en los ordenamientos continentales; cfr. *supra* § 4 I. A. 4. sobre el tratamiento jurisprudencial próximo al de la jurisprudencia española- en el ámbito anglosajón de este principio en el ordenamiento jurídico-penal.

<sup>683</sup> Cfr. **Harel**, CalLR 82 (1994), pp. 1193 y ss.: si el Derecho penal no protege en mayor medida a las víctimas cuidadosas, las potenciales víctimas en su conjunto no tendrán suficientes incentivos para autoprotegerse (p. 1197).

<sup>684</sup> **Harel**, CalLR 82 (1994), pp. 1207 y s.

<sup>685</sup> CalLR 82 (1994), pp. 1208 y s.: sólo pueden exigirse medidas de autoprotección "razonables", aunque desde el punto de vista de la pura eficiencia éstas hubieran de ser "óptimas"; pues la perspectiva de la eficiencia llevaría *per se*, como parece evidente y **Harel** reconoce, a retirar la protección penal a la víctima cuyo "descuido", por ejemplo, consiste en vestirse de una determinada manera siendo una mujer atractiva. Pues la perspectiva de la mera eficiencia en la protección debería conducir, en principio, sencillamente a seleccionar como destinatario de la obligación de evitar el daño a quien esté en mejor posición fáctica para ello (como señala, desde otra perspectiva, **Kratzsch**, *Verhaltenssteuerung*, 359; *idem*, FS Oehler, pp. 69 y s.).

<sup>686</sup> CalLR 82 (1994), pp. 1210 y ss., 1226.

En el marco del presente trabajo no puede dedicarse toda la atención que sería deseable a las particularidades de esta propuesta. Pero resulta interesante constatar que, aparte de la idea de necesidad de protección, el punto de vista de Harel, desarrollado en un contexto que aparentemente carece de puntos de contacto con el de la discusión dogmática continental europea, comparte<sup>687</sup> con los postulados victimodogmáticos dos elementos problemáticos: la delimitación de su ámbito de aplicación y su fundamentación normativa, siendo el primero, al igual que en el caso del principio victimológico, consecuencia del segundo.

### 5. Dogmática en lugar de victimodogmática

Puede concluirse que el intento de desarrollar una "perspectiva victimológica" en la dogmática jurídico-penal tropieza con serios inconvenientes. Con independencia de que este sector de la doctrina esté aún en desarrollo y de que algunas concepciones hayan sido presentadas de modo precipita-

---

<sup>687</sup> También en este caso -vid. supra § 4 I. A. 4.- cabe lamentar la poca atención que por lo general se prestan recíprocamente las respectivas doctrinas penales de los círculos jurídicos continental y anglosajón, cuando lo cierto es que -más allá de las diferencias estructurales existentes en los dos sistemas- frecuentemente se discuten problemas idénticos, como demuestra la notable coincidencia de la propuesta reseñada con la victimodogmática continental.

do<sup>688</sup>, parece que ya puede decirse que a la hora de resolver el problema dogmático no se trata de averiguar las consecuencias de la investigación de la etiología del delito en relación con la contribución de la víctima (= victimología) en la dogmática de la imputación. Pues la "inspiración" victimológica, sin una adecuada fundamentación material-normativa y sin inscribirse en el sistema de la dogmática jurídico-penal de modo sólido, no pasa de ser una etiqueta atractiva. En este sentido, quizás lo adecuado sea hablar tan sólo del "punto de partida"<sup>689</sup> o de la "perspectiva"<sup>690</sup> victimológica o victimodogmática, como un punto de vista a adoptar para interpretar determinadas realidades jurídico-penales. Pero queda claro, entonces, que el "principio victimológico" postulado por los victimodogmáticos no puede alcanzar la relevancia que le es atribuída por sus defensores.

Posiblemente la victimología sea fructífera para la determinación de propuestas de *lege ferenda* en delitos en los que la Ley diseña una frontera de intervención penal específica

---

<sup>688</sup> W. Hassemer, FS Klug II, p. 231; también considera que las concepciones victimodogmáticas aún están en sus inicios Derksen, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 108.

<sup>689</sup> Así en el título de uno de los trabajos de Schünemann (en: Schneider [ed.], *Verbrechensopfer*, pp. 407 y ss.)

<sup>690</sup> Como en la formulación utilizada por Silva Sánchez, en: CGPJ (ed.), *Victimología*, p. 17



para, precisamente, casos de interacción entre víctima y autor<sup>691</sup>. Y muy probablemente sirva para concretar el contenido de los bienes jurídicos protegidos por determinados delitos, al aportar análisis empíricos de los daños producidos en las víctimas<sup>692</sup>. Pero la mera invocación de la perspectiva "victimo-dogmática" no puede llevar a la resolución del problema de la influencia del comportamiento de la víctima en el sistema de imputación penal, y en este sentido, desde este sector doctrinal se han planteado pretensiones exageradas<sup>693</sup>.

Debe señalarse, de todos modos, que a las aportaciones dogmáticas reunidas bajo el rótulo de la "victimodogmática" les corresponde sin duda el muy considerable mérito de haber llamado la atención de la dogmática jurídico-penal sobre los importantes problemas que plantea la intervención de la víctima, mientras que en cierta medida el tratamiento de estos problemas en algunas ubicaciones dogmáticas más "tradicionales" que había tenido lugar con anterioridad ocultaba las dimensiones y el carácter específico de la cuestión. Muy especialmente, la victimodogmática ha contribuido de modo esencial a que se perfilase la relevancia de las cuestiones político-criminales que conlleva el tratamiento dogmático

---

<sup>691</sup> Así, por ejemplo, **Jung**, MSchrKrim 67 (1984), p. 133.

<sup>692</sup> Escéptico al respecto, sin embargo, **Arzt**, MSchrKrim 67 (1984), pp. 117 y s.

<sup>693</sup> Así lo afirma **Torío López**, LH Fernández Albor, p. 717

del problema. En este sentido, es de esperar que la dogmática más "tradicional" del tratamiento de la víctima se vea impulsada por la discusión creada por las aportaciones victimodogmáticas a explicar claramente cuáles son sus soluciones, en vez de negar la existencia del problema y abordarlo con construcciones *ad hoc* de dudosa corrección dogmática<sup>694</sup>. Tampoco cabe dudar de las aportaciones que la victimodogmática ha hecho en la interpretación de determinados tipos de la Parte Especial<sup>695</sup>. Por otra parte, debe destacarse -especialmente desde la posición que aquí se intentará construir- que la victimodogmática -si bien, como se ha visto y desde el punto de vista aquí defendido, con una formulación dogmática fallida-, introduce, al resaltar la génesis de la condición de víctima, un cambio de paradigma esencial, pues supera la perspectiva centrada exclusivamente en la perspectiva subjetiva de los intervinientes -ya sea de la víctima (consentimiento y equivalentes funcionales) o del autor (previsibilidad) , y propone, por el contrario, una perspectiva de conjunto de la relación entre víctima y autor<sup>696</sup>.

Pero con estos elementos positivos, que se resumen en su propia denominación de "victimo"-dogmática, es decir, en su

---

<sup>694</sup> Como es el caso, señaladamente, de la jurisprudencia del TS en España con su doctrina de la concurrencia de culpas (cfr. *supra* § 4 I.) o la aplicación ecléctica del *topos* de la autopuesta en peligro por parte del BGH en Alemania (cfr. *supra* § 6 I.).

<sup>695</sup> Cfr. **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 14/22.

<sup>696</sup> Vid. aquí sobre todo *infra* § 9 I. A.

carácter de una construcción específicamente destinada a abordar la problemática de la víctima, aparece ya su debilidad decisiva: la carencia del anclaje en una concepción dogmática general, que no puede obtenerse para un problema aislado, de modo independiente del edificio ya existente de la teoría del delito<sup>697</sup>. En este sentido, puede decirse que ya existía "victimodogmática" en el sistema de la teoría del delito -en distintos instrumentos dogmáticos- antes de que se inventara la denominación. Dicho de otro modo: no es necesario crear una especial victimodogmática; es la dogmática sin más la que debe ser capaz de resolver el problema<sup>698</sup>. Y aunque la cuestión de la denominación sea, claro está, de menor importancia, es esta reflexión la que desaconseja el uso del término "victimodogmática"<sup>699</sup>: el tratamiento del comportamiento de la víctima también debe ser abarcado por la dogmática.

---

<sup>697</sup> Cfr. en sentido similar **Kratzsch**, *Verhaltenssteuerung*, pp. 100 y s., quien subraya que el elemento de la responsabilidad de la víctima no es más que uno entre otros aspectos cuya relevancia para el injusto debe ser valorada de modo conjunto.

<sup>698</sup> Así **Arzt**, *MSchrKrim* 67 (1984), pp. 113 y s., quien es precisamente un destacado autor de propuestas -especialmente, en materia de apropiación indebida, cfr. las referencias en **Arzt/Weber**, *BT* 3, n.m. 248, nota 2) que han sido calificadas de "victimodogmáticas".

<sup>699</sup> En este sentido, **W. Hassemer** dice que se trata "más bien de un eslógan que de un concepto" (*Grundlagen*, p. 77).

### Tercera Parte

#### La víctima en el sistema de imputación

---

## Introducción

-----

1. Desde la perspectiva aquí adoptada, el análisis de los distintos paradigmas con los que se ha intentado abordar el problema de la intervención de la víctima ha revelado que no existe un modelo global satisfactorio para su solución.

2. En lo que sigue, se intentarán sentar las bases de tal modelo. Un primer paso es el de llevar a cabo una reflexión acerca de los fundamentos que deben constituir el punto de partida de la construcción dogmática: la consideración de la figura de la víctima como una persona con una especial cualidad normativa en lo que se refiere al trato con sus propios bienes, consideración expresada en el principio de autoresponsabilidad<sup>1</sup>. En segundo lugar, se ofrece una formulación positiva de la construcción dogmática que desde la perspectiva aquí defendida debe orientar el tratamiento jurídico-penal del objeto fundamental de análisis del presente trabajo los supuestos de colaboración entre víctima y autor en actividades arriesgadas-: la institución de la "imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima"<sup>2</sup>. En este contexto, también se muestra la incardinación sistemática de esta institución dentro de su "entorno" dogmático<sup>3</sup> y el tra-

---

<sup>1</sup> Cfr. *infra* § 8.

<sup>2</sup> Cfr. *infra* § 9 I. A.

<sup>3</sup> Cfr. *infra* § 9 I. B.

tamiento dogmático a otros supuestos situados fuera de ella y necesitados de una perspectiva distinta<sup>4</sup>. Finalmente, se delinean los límites inmanentes a la formulación positiva de la institución de la imputación a la víctima<sup>5</sup>.



---

<sup>4</sup> Cfr. *infra* § 9 II.

<sup>5</sup> Cfr. *infra* § 10.

## § 8 Fundamentos: sobre algunas concepciones dogmáticas ----- de la "autoresponsabilidad" de la víctima -----

### I. Planteamiento -----

1. Como se ha podido observar al hilo de la exposición de las distintas aproximaciones dogmáticas al problema de la intervención de la víctima, con cierta frecuencia aparece en la discusión la referencia a que la conducta de ésta debe ser "autoresponsable" o "autónoma" para que pueda adquirir relevancia en la valoración jurídico-penal del comportamiento del autor, o se dice que es la "autoresponsabilidad" o "autonomía"<sup>6</sup> de la víctima la razón por la que el comporta-

---

<sup>6</sup> La terminología no es uniforme. Así, en la doctrina alemana se usan los términos "Selbstverantwortung" (autoresponsabilidad) (cfr., por ejemplo, *S/S<sup>24</sup>-Lenckner*, n.m. 101a previo al § 13; *S/S<sup>24</sup>-Cramer*, § 15 n.m. 148 y ss.; *Stratenwerth*, AT<sup>3</sup>, n.m. 1116; *Kratzsch*, *Verhaltenssteuerung*, pp. 360 y ss.; *idem*, FS Oehler, pp. 71 y ss., 74 y ss.; *Frisch*, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 153; *Eschweiler*, *Selbstgefährdung*, pp. 57 y ss.; *Fiedler*, *Fremdgefährdung*, pp. 119 y ss.; *Zaczyk*, *Selbstverantwortung*, *passim*; desde una perspectiva más general, *Schumann*, *Handlungsunrecht*, *passim*; también en la jurisprudencia, cfr. sólo BGHSt 32, pp. 262 y ss.; BGH NSTZ 1991, p. 392), "Eigenverantwortlichkeit" (propia responsabilidad, autoresponsabilidad) (cfr. sólo AK-Zielinski, §§ 15, 16 n.m. 104; *Jakobs*, AT<sup>3</sup>, 29/54; *Kienapfel*, AT<sup>4</sup>, Z 27/7; *Kühl*, AT, 4/83 y ss.; *Wessels*, AT<sup>6</sup>, n.m. 187, 189, 674; *Arzt*, MSchrKrim 1984, pp. 112 y ss.; *Kienapfel*, JZ 1984, p. 752; *Neumann*, JA 1987, pp. 244 y ss., 248 y s.; *Otto*, FS Tröndle, pp. 157 y ss.; *Hohmann*, MDR 1991, pp. 1117 y s.; *Walther*, *Eigenverantwortlichkeit*, *passim*; *Derksen*, *Handeln auf eigene Gefahr*, *passim*; en la jurisprudencia, cfr. sólo BGHSt 37, pp. 179 y ss.); en el contexto de la discusión relativa al suicidio, también se habla de "Freiverantwortlichkeit" (libre responsabilidad) (por ejemplo, *S/S<sup>24</sup>-Eser*, n.m. 36 previo al § 211); en otras ocasiones, se ha hablado de "autodeterminación" (*Selbstbestimmung*) (así *Göbel*, *Einwilligung*, respecto del consentimiento, y el TS respecto de la "heteropuesta en peligro" [STS 17.7.1990 (RA 6728); finalmente, también se hace uso del término "autonomía" (cfr. *Kienapfel*, AT<sup>4</sup>, Z 27/7; *Meyer*, *Autonomie*, *passim*, sobre todo en relación con la autoría mediata; *W. Hassemer*, JuS 1984, p. 724). En España han hablado de un principio de "autonomía" en este con-

(continúa...)

miento de ésta debe tenerse en cuenta en esta valoración. La frecuencia de la invocación de la idea de autoresponsabilidad o autonomía de la víctima como elemento relevante de la solución del problema, sin embargo, contrasta en la mayoría de los casos vivamente con la ausencia de un análisis algo más detenido de este concepto para este contexto<sup>7</sup>. En este sentido, lo cierto es que gran parte de las elaboraciones dogmáticas existentes que incluyen referencias de ésta índole no construyen de modo expreso "su" concepto de autoresponsabilidad, sino que se limitan a enunciar un "principio de autoresponsabilidad" como base de la solución dogmática propuesta. En esta medida<sup>8</sup>, es correcto el diagnóstico formulado por W. Frisch, para quien "[la autoresponsabilidad] es un concepto altamente normativo que es utilizado en la discusión actual de una forma encubierta en múltiples sentidos y que, por consiguiente, implica riesgos considerables para la

---

<sup>6</sup>(...continuación)  
texto, por ejemplo, **Larrauri Pijoan**, ADPCP 1988, p. 761; **eadem**, EPCr XII (1989), pp. 240 y s.; **Bustos Ramírez**, EPCr XII (1989), p. 127; **idem/Hormazábal Malarée**, PG<sup>4</sup>, pp. 298 y ss.; **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva*, pp. 355, 358; desde una perspectiva más general, **Baldó Lavilla**, *Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 47 y ss.; **De la Gándara Vallejo**, *Consentimiento*, pp. 161 y s., 175 y s., mientras que, por ejemplo, **Silva Sánchez**, en: CGPJ (ed.), *La victimología*, p. 26, o **Hernández Plasencia**, *La autoría mediata*, pp. 225 y ss. usan -como aquí se hace- el término "autoresponsabilidad"

<sup>7</sup> Así lo afirma **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, p. 1; resalta también la proteicidad del concepto en su utilización en la discusión dogmática **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 5 y s., 94 y ss.

<sup>8</sup> Sobre la postura de **Frisch** en este contexto -quien pretende, en gran medida, dejar de lado en la construcción dogmática elementos de fundamentación material específicamente relacionados con la figura de la víctima, como los que puede ofrecer un "principio de autoresponsabilidad"-, vid. *infra* § 8 II. B. 1. y 3.



igualdad y la seguridad jurídicas"<sup>9</sup>. En efecto, respecto del uso dogmático de la idea de autoresponsabilidad de la víctima sólo la falta de reflexión a la que acaba de aludirse, o la introducción de unos presupuestos no explicitados, o, en el peor de los casos, una utilización como mero eslógan<sup>10</sup> pueden explicar el hecho de que la referencia a la autoresponsabilidad aparezca en soluciones dogmáticas del más variado corte, con consecuencias materiales completamente opuestas<sup>11</sup>.

Sin embargo, ya a primera vista parece evidente que una toma de postura de cierta claridad acerca del concepto de auto-

---

<sup>9</sup> W. Frisch, NStZ 1992, p. 3; también *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 125; en sentido similar también Walther, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 93 y ss.; sobre todo en relación con el suicidio, muy crítico también Herzberg, JA 1985, p. 137.

<sup>10</sup> Esto sucede, de modo particular, en algunas aportaciones realizadas en el marco de la "victimodogmática" que han intentado vincular el principio victimológico con la noción de autoresponsabilidad. Cfr. al respecto la acertada crítica de Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología*, pp. 25 y ss. (cfr. también, en sentido similar, Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, *PG*<sup>4</sup>, pp. 299 y s.), quienes afirman que tal construcción de un principio de autoresponsabilidad "desnaturalizaría las bases del derecho penal" (Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, *Victimología*, p. 27), "desnaturalizaría la función del derecho penal y sus principios garantistas" (op. cit., p. 28). En efecto, la acepción de "autoresponsabilidad" criticada se distingue por no contener nada más que una afirmación apriorística de responsabilidad sin que haya verdadera construcción de tal responsabilidad, al ser identificada la posibilidad de protegerse con la responsabilidad de protegerse (vid. en el presente estudio el análisis supra § 7 II. B. 3.).

<sup>11</sup> A modo de ejemplo cabe señalar que tanto ciertos representantes de la corriente victimodogmática -con una perspectiva muy amplia en cuanto a la exclusión de la responsabilidad del autor- como defensores de la aplicación del consentimiento -frecuentemente, sosteniendo una visión muy limitada de las situaciones que pueden dar lugar a esa exclusión- han pretendido basar su solución en la "autonomía" o "autoresponsabilidad"

mía o autoresponsabilidad que se maneje debe tener repercusiones sobre la solución dogmática<sup>12</sup>. Pues determinará, al menos de modo mediato, tanto el marco sistemático-dogmático del tratamiento del problema<sup>13</sup> como el contenido material que se asigne a la construcción dogmática<sup>14</sup>, y, con ello, en última instancia la solución a los supuestos concretos.

Ya desde un principio hay que señalar, sin embargo, en cuanto a la metodología, que -como se verá más adelante- de ningún modo podrá alcanzarse de manera directa una solución dogmática concreta a través del concepto de autoresponsabilidad<sup>15</sup>. En ese sentido, la falta de reflexión acerca del concepto de autoresponsabilidad a la que se acaba de aludir puede explicarse, hasta cierto punto, porque tal reflexión sólo puede aportar meros puntos de partida para la construcción dogmática. Pues la peculiaridad del presente ámbito de referirse en amplios sectores de las constelaciones de casos

---

<sup>12</sup> Cfr. en este sentido, sobre todo, **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, pp. 1 y s., 29, 63; vid. también **Neumann**, GA 1996, p. 36.

<sup>13</sup> Especialmente, en cuanto a la cuestión de si es necesario configurar un marco dogmático autónomo, al menos para algún sector de constelaciones de casos, o si, por el contrario, el problema puede tratarse de modo satisfactorio dentro de las instituciones dogmáticas ya existentes; cfr. sobre esta cuestión en el presente estudio *infra* § 9 I. B. 2.

<sup>14</sup> Especialmente, la delimitación concreta de las esferas de responsabilidad de víctima y autor; cfr. en el presente estudio *infra* § 9 I. A. y § 10.

<sup>15</sup> En este punto con razón, cfr. sobre todo **Herzberg**, JuS 1984, p. 939; *idem*, JA 1985, p. 136; vid. también en este sentido **Reyes Alvarado**, ADPCP 1992, pp. 935 y s.; *idem*, *Imputación objetiva*, pp. 50 y s. e *infra* § 8 II. C. 1. c).

a situaciones en las que son dos sujetos distintos -como ya se ha señalado<sup>16</sup>-, y, sobre todo, en posiciones distintas respecto de la norma jurídico-penal, los que intervienen en el suceso, exige la realización de varios pasos deductivos<sup>17</sup>. En particular, esta característica del problema impide, como se verá<sup>18</sup>, trasladar sin más al presente ámbito las reflexiones hechas en otros sectores dogmáticos en los que adquiere, igualmente, relevancia la cuestión de la autodeterminación, pero que necesariamente han de estar dominados por una perspectiva más bien unilateral<sup>19</sup>: en última instancia -dicho, de momento, de modo sintético-, la estructura

---

<sup>16</sup> Cfr. *supra* § 1 I.

<sup>17</sup> Así **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, pp. 18 y s.

<sup>18</sup> Vid. sobre todo *infra* § 9 I. A. 4.

<sup>19</sup> Como pueden ser, por ejemplo, en lo que se refiere a la perspectiva unilateral del autor, en el ámbito de la culpabilidad, la tradicional discusión acerca del libre albedrío (cfr. sólo **Mir Puig**, *PG*<sup>4</sup>, 20/39 y ss.), o de aquellas concepciones de la imputación objetiva, de la prohibición de regreso o del principio de confianza basadas en la "libertad" o "carácter responsable" de los intervinientes (cfr. sobre esto, respectivamente, sólo lo expuesto acerca de la teoría de la imputación objetiva de **Larenz** *supra* § 3 II. D. 1. a); **Jakobs**, *ZStW* 89 [1977], pp. 5 y ss., 10 y ss.; **Stratenwerth**, *FS Eb. Schmidt*, pp. 390 y ss., y la monografía de **Schumann**, *Handlungsunrecht*, *passim*); o, sobre todo desde la perspectiva unilateral de la víctima -por razón de las especiales cautelas sectoriales que imponen las situaciones (aunque interactivas) de "disposición" sobre bienes (cfr. *supra* § 2 II. y § 5 II. C. 3.) , la discusión sobre los fundamentos y presupuestos del consentimiento (cfr. sólo **Mir Puig**, *PG*<sup>4</sup>, 19/10 y ss.; 19/29 y ss.; **Jescheck/Weigend**, *AT*<sup>5</sup>, § 34 II. 3.; **Weigend**, *ZStW* 98 [1986], pp. 44 y ss., 59 y ss.; **Göbel**, *Einwilligung*, pp. 24 y ss. y *passim*). También se refiere a una situación interactiva próxima estructuralmente a la que aquí interesa, en cambio, en el ámbito de la justificación, la cuestión relativa a la coordinación de acciones de salvaguarda o defensa y los correspondientes deberes de tolerancia (cfr. sólo **Baldó Lavilla**, *Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 47 y ss., 63 y ss.); como es evidente, sin embargo, tampoco aquí las posiciones de los intervinientes son comparables a las de autor y víctima en el presente contexto.

interactiva del problema y la especial cualidad que al interviniente "víctima" corresponde desde el punto de vista normativo exigen un desarrollo conceptual autónomo.

Por otra parte, recuérdese que de lo que se trata ahora es de determinar el funcionamiento de un hipotético "principio de autoreponsabilidad" en aquel sector de actividades en donde éste puede ser operativo, y no del análisis de las condiciones de legitimidad de las normas jurídico-penales que precisamente recortan la autonomía del sujeto<sup>20</sup>.

2. En particular, cabe observar ya ahora que de modo evidente existen dos acepciones muy distintas que suelen ser atribuídas al término "autoreponsabilidad". Por un lado, se utiliza este término para hacer referencia a los fundamentos normativos que están en la base del tratamiento dogmático de la conducta de la víctima, es decir, para designar las bases fundamentadoras de un ámbito de responsabilidad de ésta (cuestión que ahora es la que interesa). Por otro lado, sin embargo, también se utiliza el término para aludir a una cuestión distinta, de carácter operativo: la determinación de los criterios concretos para decidir si una víctima concreta en una situación concreta reúne las características personales necesarias para que pueda afirmarse que su conducta ha sido responsable y que debe por ello influir en la

---

<sup>20</sup> Cfr. *supra* § 2 II.

valoración jurídico-penal del comportamiento del autor<sup>21</sup>. Puesto que -como se verá a continuación- la cuestión de la autoresponsabilidad en cuanto fundamento desde la perspectiva aquí adoptada ha de concretarse ante todo en la atribución objetivo-normativa de un ámbito de administración y responsabilidad a la víctima, aquí se hablará respecto de la primera cuestión de la fundamentación de un "ámbito de responsabilidad" de la víctima, mientras que al hacer referencia a la segunda cuestión, es decir, a los presupuestos operativos que han de concurrir en la persona de la víctima, se aludirá al carácter "responsable" de ésta<sup>22</sup>.

3. Respecto de los distintos puntos de partida que pueden adoptarse al hacer uso de un "principio de autoresponsabilidad" pueden observarse, a pesar de la muy notable parquedad de la bibliografía a la que antes se ha aludido, distintos puntos de partida, a veces explícitos en las aportaciones existentes hasta la fecha, y en su gran mayoría implícitos. También<sup>23</sup> en este punto parece útil adoptar una clasificación en "tipos ideales", es decir, esbozar los paradigmas fundamentales que pueden presentarse. Aquí se seguirá para

---

<sup>21</sup> Cfr. sólo Neumann, JA 1987, p. 249; Hohmann/König, NSTZ 1989, p. 308; Walther, Eigenverantwortlichkeit, pp. 94, 96.

<sup>22</sup> Cfr. *infra* § 10 II. A.

<sup>23</sup> Al igual que a la hora de abordar el análisis de las distintas aproximaciones dogmáticas al problema; cfr. *supra* introducción a la segunda parte de este trabajo, apartado 3.

su análisis el siguiente orden: en primer lugar, se examinará aquella perspectiva que parte de una elaboración *a priori* del concepto de libertad como principio prejurídico y quiere hallar en esa elaboración previa la línea que ha de determinar el funcionamiento del sistema dogmático de imputación jurídico-penal (*infra* II. A.). En segundo lugar, se hará alusión a aquel punto de vista que se sitúa en cierto modo en las antípodas del anterior: de acuerdo con esta perspectiva, el concepto de autoresponsabilidad ha de construirse en lo esencial como una noción determinada de modo puramente funcional en atención a ciertas instituciones dogmáticas (*infra* II. B.). Finalmente, en tercer lugar, se tratará de someter a análisis aquellas aproximaciones que buscan -y, como se verá, encuentran, desde la perspectiva aquí adoptada- el escaso -pero existente- contenido material de la "autoresponsabilidad" en la concepción básica del ordenamiento jurídico, es decir: aquellas aproximaciones que ni postulan un concepto de autoresponsabilidad material plenamente pre-dado frente al ordenamiento penal, ni quieren partir tampoco de una visión absolutamente inmaterial-heterodeterminada de un concepto de autoresponsabilidad generado de modo funcional en el seno del sistema de imputación jurídico-penal (*infra* II. C.).

En todo caso, sea dicho de nuevo -y de modo especial teniendo en cuenta la repetida parquedad de la bibliografía en este punto-, de lo que se trata en las páginas que siguen no

es tanto de reproducir o analizar distintas corrientes doctrinales ya asentadas, como del intento de desentrañar el significado de la idea de autoresponsabilidad para las reflexiones a desarrollar más adelante en una propuesta de tratamiento dogmático de la conducta de la víctima<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Cfr. *infra* §§ 9 y 10.

## II. Tres paradigmas en torno a la auto- ----- responsabilidad de la víctima -----

### A. La autoresponsabilidad como principio prejurídico (Zaczyk)

#### 1. Planteamiento

Entre los autores que han destacado que es necesario emprender una verdadera construcción del concepto de "autoresponsabilidad" en términos jurídicos para el ámbito general de la intervención de la víctima -en vez de utilizarlo como idea genérica o incluso como mero eslógan-, la aportación probablemente más elaborada ha sido presentada por **Zaczyk**<sup>25</sup>. En su construcción, el paradigma de la determinación prejurídica de la noción de autoresponsabilidad ha alcanzado el desarrollo más detallado existente en la doctrina hasta el momento. Para **Zaczyk**, sólo una reflexión de fondo acerca de la relación del concepto de libertad con el de autoresponsabilidad puede conducir a una solución dogmática del problema de la intervención de la víctima<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> En su monografía *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, 1993; cfr. también la valoración positiva del trabajo de **Zaczyk**, en lo que se refiere a la profundidad del desarrollo alcanzado en cuanto a la fundamentación, por parte de **Neumann**, GA 1996, p. 39.

<sup>26</sup> *Selbstverantwortung*, p. 1.



### a) Bases

Después de realizar una crítica de algunas aportaciones dogmáticas y jurisprudenciales a la problemática<sup>27</sup>, crítica centrada en buena medida precisamente en la deficiente fundamentación de la idea de autoresponsabilidad en el seno de esas aportaciones, **Zaczyk** emprende la construcción de su propia concepción sobre la base de la elaboración de un principio de autoresponsabilidad que en su opinión ha de constituir el fundamento para la solución de los casos en los que se da una intervención conjunta de víctima y autor en la producción de la lesión. Conviene señalar desde un principio que la aportación de **Zaczyk** tiene un especial interés en el marco del presente estudio, ya que -a diferencia de otras aproximaciones a la idea de autoresponsabilidad elaboradas desde una perspectiva similar<sup>28</sup>- ha sido desarro-

---

<sup>27</sup> *Selbstverantwortung*, pp. 5 y ss.

<sup>28</sup> Es muy próximo en sus postulados de base a la postura de **Zaczyk** el ensayo de **Köhler** (ZStW 104 [1992], pp. 4 y ss., especialmente 20 y ss.), dedicado, sin embargo, sobre todo a la cuestión de la legitimidad de la incriminación estatal de formas de autolesión y de participación en una autolesión, especialmente en el ámbito de la regulación penal de la tenencia de estupefacientes. También desde una perspectiva teórica próxima -igualmente partiendo del concepto de "libertad"- ha desarrollado un concepto de "autonomía" como base fundamentadora de la autoría mediata en supuestos de error de la víctima **Meyer** (*Autonomie*, pp. 75 y ss., 83 y ss.). La aportación de **Meyer**, sin embargo, queda limitada -en atención a su tema de referencia- a los supuestos de lesión dolosa (a salvo de alguna referencia puntual, cfr. op. cit., pp. 142 y s.), y por ello es de menor interés para el presente contexto. En efecto, desde la perspectiva de **Meyer** -y de modo distinto a como sucede en el caso de **Zaczyk**, como se verá a continuación- la construcción del concepto de autonomía queda limitada en lo esencial con el de "libertad de acción" (op. cit., pp. 83 y ss., 132), es decir, presenta una perspectiva tan sólo sectorial respecto de la problemática.

llada específicamente en atención a las constelaciones de casos que aquí interesan<sup>29</sup>.

**Zaczyk** parte -desde la perspectiva aquí adoptada, acertadamente- de la idea de que no es posible abordar el contenido de un hipotético principio de autoresponsabilidad de modo directo en la determinación del injusto, sino que, por el contrario, resulta necesaria una elaboración conceptual previa<sup>30</sup>. En este sentido, propone tres pasos previos a la "traducción" en términos dogmáticos de tal principio de autoresponsabilidad: en primer lugar, debe fijarse el fundamento de la idea de autoresponsabilidad en cuanto concepto positivo, constitutivo del ámbito jurídico de la persona. En segundo lugar, ha de trasladarse ese concepto al ámbito interpersonal. En tercer lugar, deberán introducirse las conclusiones obtenidas en el marco jurídico general. Según **Zaczyk**, sólo una vez superados esos tres escalones podrá plantearse el principio de autoresponsabilidad como elemento del injusto en el plano dogmático-penal<sup>31</sup>. En el primer nivel de construcción conceptual, **Zaczyk** opta por desvincular los fundamentos de su aproximación claramente del Derecho positivo, incluso de las características generales del ordenamiento jurídico en cuestión: partiendo, como se ha dicho, de

---

<sup>29</sup> *Selbstverantwortung*, p. 1 y *passim*.

<sup>30</sup> *Selbstverantwortung*, p. 18.

<sup>31</sup> *Selbstverantwortung*, p. 19.

que la idea de autoresponsabilidad ha de estar vinculada al concepto de libertad, construye su elaboración de la idea de autoresponsabilidad en cuanto concepto fundamentador para el análisis dogmático sobre la definición de libertad de **Kant** expresada a través del imperativo categórico<sup>32</sup>.

**Zaczyk** reconoce abiertamente que con ello, desde el punto de vista de la elaboración jurídica del concepto, parte de un fundamento *a priori*:

"[este principio] ...parte en un primer momento, de modo completamente desvinculado de la existencia de una norma jurídica, directamente de la persona responsable, y la persona en este principio tampoco se pone inmediatamente en relación con la norma jurídica, sino de modo directo consigo misma"<sup>33</sup>; "Pero si tal concepción de la libertad es la base de la 'autoresponsabilidad', entonces de ningún modo queda al arbitrio de la decisión de un ordenamiento jurídico el reconocer o rechazar esa determinación fundamental de una persona..."<sup>34</sup>.

En el segundo paso, como se acaba de señalar, **Zaczyk** intenta desarrollar esta fundamentación positivo-general para cada individuo en cuanto ser humano -que no es suficiente para

---

<sup>32</sup> *Selbstverantwortung*, pp. 19 y ss.

<sup>33</sup> *Selbstverantwortung*, p. 18.

<sup>34</sup> *Selbstverantwortung*, p. 22.

dar el paso hacia el mundo jurídico<sup>35</sup>- completándola en el plano interpersonal. **Zaczyk** enlaza aquí con su concepción de la relación jurídica y del injusto penal como "vulneración material de la libertad ajena", en la que sigue a su maestro **Wolff** y que anteriormente había desarrollado en su monografía sobre la tentativa<sup>36</sup>.

Anundando al paso anterior, en el marco interpersonal aparece, por un lado, el sujeto actuante como sujeto libre (auto-responsable); por otro lado, para determinar si ese actuar es correcto, ha de constatarse si respeta la libertad del otro. En este sentido, "...Las relaciones interpersonales en cuanto relaciones de reconocimiento son... relaciones creadas de modo recíproco por los individuos como sujetos responsables"<sup>37</sup>.

**Zaczyk** logra de este modo introducir en el concepto de auto-responsabilidad *per definitionem* el elemento interpersonal: la libertad del otro se constituye precisamente a través del ejercicio de autoresponsabilidad. Partiendo de los dos esca-

---

<sup>35</sup> "La autoresponsabilidad en el sentido jurídico, por tanto, sólo es un segmento, fundamentado en la libertad, del ámbito global de auto-determinación y ser-uno-mismo" (*Selbstverantwortung*, p. 22).

<sup>36</sup> *Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin, 1989; respecto de las bases filosóficas, pp. 130 y ss.; respecto de la definición del injusto, pp. 194 y ss.; cfr. también la exposición de las bases contenida en el estudio referido al presente ámbito, *Selbstverantwortung*, pp. 30 y ss. Sobre esta concepción global del sistema jurídico-penal, cfr. últimamente, desde una perspectiva crítica, **Schünemann**, GA 1995, pp. 225 y s.

<sup>37</sup> *Selbstverantwortung*, p. 23.

lones anteriores, está claro cómo ha de introducirse el elemento del Estado, la esfera de lo público: la creación del ordenamiento jurídico aparece como generalización de la razón, el Estado es un elemento "para cerciorarse y asegurar" las esferas jurídicas (fundamentadas previamente) de los individuos por medio de la Ley general, la pena un instrumento adicional para lograr ese reconocimiento<sup>38</sup>.

#### b) Formulación dogmática

Sobre la base de la fundamentación positivo-general del concepto de autoresponsabilidad acabada de referir, **Zaczyk** pasa al ámbito de la dogmática jurídico-penal para determinar cuál puede ser la relevancia dogmática de ese concepto. Después de señalar que la idea de autoresponsabilidad se encuentra -de acuerdo con la perspectiva habitual del Derecho penal, centrada en el autor- también en la base de las reflexiones en torno a la responsabilidad del autor, pasa al ámbito de la víctima. La primera conclusión derivada de la fundamentación para el problema es evidente: la mera autolesión no puede ser en ningún caso injusto, puesto que "no

---

<sup>38</sup> *Selbstverantwortung*, pp. 24 y s.

muestra la referencia interpersonal propia del Derecho, y por ello también del injusto"<sup>39</sup>.

Con independencia de la valoración moral de la autolesión, por tanto, ésta queda fuera del mundo jurídico en cuanto injusto<sup>40</sup>. Sin embargo, como **Zaczyk** señala inmediatamente, los casos que aquí interesan precisamente se caracterizan por el hecho de que concurre una constelación interpersonal, es decir, que interviene otra persona junto a la víctima. Puesto que el actuar de la víctima no puede ser injusto, dice **Zaczyk**, conforme al pensamiento jurídico-penal habitual habría que analizar tan sólo el comportamiento del otro. Pero no puede determinarse correctamente el valor de éste si se considera de modo desligado del contexto de interacción, planteando aisladamente si ese comportamiento infringe la norma de conducta. Para **Zaczyk**, sólo la referencia al suceso interpersonal incorporada a la norma permite entender que la acción de una persona (víctima) influya en la determinación del carácter antijurídico o no de la acción de otra persona (autor). La fundamentación, entonces, ha de consistir en determinar los presupuestos bajo los cuales un "suceso de

---

<sup>39</sup> *Selbstverantwortung*, p. 26; desde una perspectiva teórica similar, cfr. también **Köhler**, ZStW 104 (1992), pp. 20 y ss.; en el presente estudio, cfr. *supra* § 2 I.

<sup>40</sup> Lo que conduce a **Zaczyk** -como ya se ha señalado en el marco del análisis de algunos de los presupuestos del presente estudio, en el ámbito de la intervención en autolesiones ajenas- a postular una separación tajante entre auto- y heterolesión como "diferenciación jurídica fundamental"; cfr. *supra* § 2 II.

lesión se ve privado de la cualidad de injusto por el hecho de ser entendido como resultado de un actuar autoreferencial. [En tal caso], no puede verse afectada la vigencia de la norma, ya que en cierto modo desaparece la base de ésta"<sup>41</sup>.

A la luz de estas consideraciones, parece claro que la perspectiva que **Zaczyk** ha de adoptar para llevar a cabo una clasificación dogmática de las distintas constelaciones de casos parte del punto de vista de la víctima: en cuanto mayor es la densidad del dominio del suceso por parte de la víctima, mayores son las posibilidades para estimar que el comportamiento del otro sujeto no es constitutivo de injusto. La mejor vía para llevar a cabo un análisis de la propuesta de **Zaczyk** es la de hacer referencia brevemente a las consecuencias dogmáticas que extrae de la definición por él propuesta; unas consecuencias que confirman la valoración acabada de exponer. En efecto, **Zaczyk**, en una línea descendente, distingue entre supuestos de autolesión cuasi-dolosa (por parte de la víctima), casos de actuación de la víctima con conocimiento del riesgo y supuestos de comportamiento de la víctima en los que concurre cognoscibilidad del riesgo:

### c) Soluciones

---

<sup>41</sup> *Selbstverantwortung*, p. 29.

**Zaczyk** comienza su análisis concreto con los supuestos de (intervención del autor-tercero en una) autolesión cuasi-dolosa<sup>42</sup>, en los que la unidad creada por la víctima "entre voluntad, acción y resultado"<sup>43</sup> impide, en principio, que el comportamiento del otro sujeto pueda constituir injusto. Para **Zaczyk**, el dominio de la situación -a diferencia de las situaciones de consentimiento, en las que la víctima no tiene un dominio total conlleva que sólo puede aparecer el injusto cuando la víctima carece de capacidad para cerrar el círculo unitario antes mencionado: ello habrá de determinarse siguiendo (paralelamente) las reglas de la imputabilidad<sup>44</sup>. Desde este punto de partida, queda claro, según **Zaczyk**, que la referida unidad tampoco queda destruida por la mera concurrencia de error cualquiera de la víctima, sino que debe tratarse de un error que restrinja las alternativas de acción de la víctima<sup>45</sup>.

En un segundo grupo de casos, **Zaczyk** se ocupa de las constelaciones de "comportamiento de la víctima con conocimiento del riesgo"<sup>46</sup>, es decir, de los supuestos que son el principal objeto del presente trabajo. Después de delimitar estos casos frente a los de lesión, afirmando -acertadamente, desde la perspectiva aquí adoptada- que existe una diferencia cualitativa entre ambas situaciones<sup>47</sup>, emprende su análisis dogmático. Teniendo en cuenta las bases de las que **Zaczyk** parte, su aproximación

---

<sup>42</sup> *Selbstverantwortung*, pp. 32 y ss.

<sup>43</sup> *Selbstverantwortung*, p. 35.

<sup>44</sup> *Selbstverantwortung*, pp. 43 y s.; sobre esta cuestión, en el presente trabajo *infra* § 10 II. A. 2. b)

<sup>45</sup> *Selbstverantwortung*, pp. 44 y ss.; cfr. aquí *infra* § 10 II. B. 3.

<sup>46</sup> *Selbstverantwortung*, pp. 49 y ss.; vid. *supra* § 2 II.

<sup>47</sup> *Selbstverantwortung*, pp. 51 y s.; aquí *supra* § 2 II. @.



a estos casos no resulta sorprendente: puesto que en las constelaciones no existe precisamente una "unidad de autodeterminación" por parte de la víctima entre voluntad, acción y resultado, la autoresponsabilidad tiene una relevancia inferior a los casos de autolesión. Concretamente, para **Zaczyk** se integra como un elemento de valoración para resolver la alternativa entre autopuesta en peligro y (ex post) heterolesión. El criterio decisivo está en determinar (insistiendo **Zaczyk** que ello no puede consistir en una mera ponderación) si la víctima podía confiar (desde el punto de vista normativo) en que el otro sujeto dominara el suceso peligroso (en los casos de intervención conjunta) o en que ni siquiera le ofreciera una oportunidad para ponerse a sí misma en peligro (en los casos de traslado de un riesgo por parte del tercero a la víctima)<sup>48</sup>.

Está claro que este análisis de **Zaczyk** no se orienta en atención a criterios mecanicistas en el plano de la ejecución, sino que implica una valoración de la situación, en principio, desvinculada de quién ejecuta la acción generadora del riesgo<sup>49</sup>, de modo que la distinción entre los casos de puesta en peligro que generan responsabilidad para el autor y aquellos en los que no aparece tal responsabilidad es abiertamente normativa, en claro contraste con su tajante distinción entre auto- y heterolesión.

Sobre esta base, **Zaczyk** llega a la solución de distintos casos emblemáticos de puesta en peligro<sup>50</sup>: en su opinión, en el caso del barquero del

---

<sup>48</sup> *Selbstverantwortung*, pp. 53 y ss., 56 y s.

<sup>49</sup> Cfr. la crítica de la diferenciación entre "autopuesta" y "heteropuesta en peligro" llevada a cabo *supra* § 6 II. C.

<sup>50</sup> *Selbstverantwortung*, pp. 58 y ss.

río Memel<sup>51</sup>, los viajeros no podían confiar en el dominio de la situación de riesgo por parte del otro (impunidad del barquero); en supuestos de transmisión de SIDA, tampoco puede confiar la víctima (entre adultos) en que el otro sujeto domine el riesgo<sup>52</sup>; en cambio, para **Zaczyk** sí existe el derecho a confiar en el dominio de la situación por parte del autor en los supuestos en los que alguien permite ser transportado por otro sujeto embriagado<sup>53</sup> -argumentando que el conducto debería "adaptar su conducción a su estado" , por lo que sí habría injusto en el comportamiento del tercero en estos casos; a la misma solución llega, discrepando de la doctrina mayoritaria<sup>54</sup> -sobre la base de una interpretación "personalista" de los delitos de tráfico de estupefacientes, como infracciones dirigidas a proteger a los individuos de caer en una toxicomanía- en los casos de entrega de estupefacientes.

A continuación, **Zaczyk** aborda el análisis del tercer grupo de casos: las constelaciones de comportamiento de la víctima cuando el riesgo es cognoscible *ex ante*, pero la víctima de hecho no lo conoce. **Zaczyk** ofrece un ejemplo de este grupo de casos: la víctima consiente en mantener relaciones sexuales sin protección con una persona que muestra signos externos evidentes de padecer el SIDA. También en este ámbito, **Zaczyk** es coherente con las bases por él antes desarrolladas: su análisis

---

<sup>51</sup> RGSt 57, pp. 172 y ss.; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 4

<sup>52</sup> Cfr. los casos referidos *supra* § 1 II. B. 10. y 11.; téngase en cuenta que **Zaczyk** se refiere a supuestos en los que la víctima conoce el hecho de la infección; en el presente estudio, vid. sobre esta cuestión *infra* § 9 I. A. 3. y § 10 II. B. 3.

<sup>53</sup> Vid. el supuesto referido *supra* § 1 II. B. 3.

<sup>54</sup> También de la jurisprudencia del BGH, vid. *supra* el los casos § 1 II. A. 4. y 5. y § 6 I. C.

es muy breve; en su opinión, en estos supuestos no puede producirse ninguna exoneración del autor. Pues desde su perspectiva, la idea de autoresponsabilidad no puede dar sustento a la eliminación del injusto en el comportamiento de la otra persona. Aunque que pudiera parecer que esta idea puede dar lugar a que -como en los grupos de casos anteriores- pueda entenderse el suceso como proveniente de la esfera de la víctima, al no haber relación subjetiva (consciente) de la víctima con el acontecer arriesgado, para **Zaczyk** ya no entra en juego la autoresponsabilidad<sup>55</sup>.

## 2. Crítica

En síntesis, puede decirse que **Zaczyk** logra establecer una relación teleológica entre los presupuestos de la noción de autoresponsabilidad por él manejada y el desarrollo dogmático del tratamiento de la cuestión. En particular, debe subrayarse que en su concepción queda incluida en las mismas bases conceptuales de la idea de autoresponsabilidad el elemento interpersonal de las constelaciones de casos en cuestión.

Sin embargo, precisamente por la coherencia interna a la que acaba de aludirse, el punto de vista de **Zaczyk** se expone a una objeción de índole fundamental. Pues si bien su construcción no cae en las contradicciones internas que pueden

---

<sup>55</sup> *Selbstverantwortung*, p. 62; cfr. también nota 208.

detectarse en las propuestas que recurren a la institución del consentimiento<sup>56</sup>, lo cierto es que -con independencia de la coherencia interna, especialmente desde el punto de vista filosófico, de sus presupuestos- no queda acreditado por qué razón el horizonte de referencia de la autoresponsabilidad debe quedar limitado al contexto creado y dominado de modo consciente por la víctima<sup>57</sup>. En efecto, el punto de partida de **Zaczyk** en la relación de reconocimiento mutuo como elemento constitutivo del juicio de imputación queda limitado en el desarrollo por él propuesto a lo que la víctima efectivamente conoce: [la idea] "...objetivante de 'competencia'... [de la víctima] ...visiblemente ya no es deducida de la autonomía de los intervinientes, ínsita en el concepto de responsabilidad"<sup>58</sup>. La propuesta de **Zaczyk** se presenta, entonces, como -valga la analogía- como una teoría de la imputación a la víctima que se detiene en la imprudencia consciente<sup>59</sup>. Y que esa limitación no hace justicia a

---

<sup>56</sup> Puesto que no construye su propuesta en relación con una ficción de la aceptación de la lesión; cfr. la crítica del propio **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, pp. 49 y s., 51; en el presente estudio supra § 5 II. C.

<sup>57</sup> Como demuestra la exposición de su propuesta de solución realzada en el texto supra c)

<sup>58</sup> **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, p. 62, nota 208, rechazando el punto de vista de **Jakobs**, *AT*, 7/129.

<sup>59</sup> De modo que todo cambia -para **Zaczyk**-, como se ha señalado, por ejemplo, en el caso de relaciones sexuales peligrosas, cuando la víctima conoce (ausencia de injusto, *Selbstverantwortung*, pp. 58 y s.) o no conoce (injusto, op. cit., p. 62) el riesgo de transmisión, y ello con total independencia de las circunstancias que rodean a la cognoscibilidad del riesgo.

las necesidades de solución parece evidente<sup>60</sup>. Precisamente el firme anclaje de la relación interpersonal como elemento que explica la relevancia de la conducta de la víctima para el enjuiciamiento de la del autor en el pensamiento del propio **Zaczyk** indica que el horizonte de los datos relevantes para el juicio de imputación no está a disposición de uno de los intervinientes. En efecto, la perspectiva interpersonal supera la posición personal de uno de los intervinientes para situarse en un plano superior, objetivo: dicho en términos dogmáticos, en el plano de lo objetivamente imputable, en el horizonte de datos que desde una perspectiva general debe estimarse relevante. Al igual que ello sucede respecto del autor, tampoco respecto de la víctima la facultad de definición de la situación puede estar en manos de las peculiaridades subjetivas de cada sujeto. Pues de lo contrario se estará en una determinación de lo que es "autoresponsabilidad" privada, moral, pero no en la esfera de lo público<sup>61</sup>. De hecho, el criterio introducido por el propio **Zaczyk** en materia de puestas en peligro respecto de los supuestos en los que pueden existir deberes de evitación del daño por

---

<sup>60</sup> En esta medida, la aproximación de **Zaczyk** se expone a las objeciones de fondo expuestas *supra* § 5 II. C. 2. en contra de la aplicación del consentimiento; vid. también *infra* § 9 I. A. 3. y § 10 II. B. Hay que insistir en que para **Zaczyk** la punibilidad o no de la conducta depende de modo exclusivo de las peculiaridades -posiblemente, casuales- de la representación interna de la víctima. En este sentido, tiene razón **Jakobs** (GA 1996, p. 267, nota 28) al afirmar que **Zaczyk** no logra "superar los psicologicismos".

<sup>61</sup> Cfr. respecto de la propuesta planteada en el presente estudio, *infra* § 9 I.

parte del autor, en el sentido de determinar cuándo la víctima "puede confiar" o no en la inocuización del riesgo por parte del autor-tercero implica ya una superación del punto de vista exclusivo de la víctima. En este sentido, la tajante exclusión del ámbito relevante de los supuestos de desconocimiento de la situación de riesgo por parte de la víctima simplifica en exceso -y ello, como es lógico, en detrimento del otro interviniente, del autor- una problemática que requiere un tratamiento más diferenciado que la mera afirmación de la irrelevancia de toda conducta de la víctima sin referencia subjetiva a los elementos de riesgo<sup>62</sup>.

**B. La autoresponsabilidad como magnitud determinada de modo puramente funcional dentro del sistema dogmático**

Como antes se ha señalado, frente a la aproximación acabada de exponer se sitúan en cierto modo en las antípodas aquellas concepciones de la autoresponsabilidad de la víctima que parten de que ésta debe definirse -sin introducción de elementos ajenos al sistema dogmático- en atención a determinadas instituciones internas a la construcción dogmática de la teoría del delito. En este contexto, son de especial interés las aportaciones de **Frisch**<sup>63</sup> y **Derksen**<sup>64</sup>: mientras

---

<sup>62</sup> Cfr. aquí *infra* §§ 9 I. A. 3. y 10 II. B.

<sup>63</sup> Desarrollada sobre todo en su monografía *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, especialmente pp. 148 y ss.; cfr. (continúa...)

que para **Frisch** la autoresponsabilidad es una función de la teoría del comportamiento típico desarrollada por él mismo, **Derksen** construye una concepción de la autoresponsabilidad como derivado de la teoría de la prevención general positiva en la formulación que ésta ha recibido por **Jakobs**.

### 1. Autoresponsabilidad y teoría del comportamiento típico (**Frisch**)

Para **Frisch**, la teoría general del "comportamiento típico" como formulación dogmática de las constelaciones de intereses concurrentes en relación con conductas arriesgadas<sup>65</sup> constituye el marco en el que deben resolverse los supuestos en los que concurre una conducta relevante de la víctima. En este sentido, desde su perspectiva, los casos en los que debe excluirse una responsabilidad del autor que actúa junto a la víctima no son otra cosa que un mero reverso de la atipicidad de la conducta de aquél<sup>66</sup>. Partiendo de esta premisa, **Frisch**, con una postura crítica hacia cualquier aproxi-

---

<sup>63</sup>(. .continuación)  
también -con alguna diferencia- **idem**, NSTZ 1992, pp. 1 y ss., 62 y ss.; **idem**, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 117 y ss.

<sup>64</sup> Desarrollada en su monografía *Handeln auf eigene Gefahr*, especialmente pp. 169 y ss.

<sup>65</sup> Sobre la teoría general del comportamiento típico elaborada por **Frisch**, cfr el esbozo realizado supra § 3 II. B. 1.

<sup>66</sup> Cfr **Frisch**, NSTZ 1992, pp. 6 y s.; **idem**, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 130 y ss.

mación que asigne un contenido material *a priori* a la "auto-responsabilidad"<sup>67</sup>, construye su detallada propuesta dogmática<sup>68</sup> para este ámbito<sup>69</sup>- también en función de la ponderación de intereses que es la idea rectora de su teoría del comportamiento típico. En la ponderación de intereses para estas constelaciones de casos, en su opinión, han de entrar en consideración no sólo la libertad de actuación del autor, sino también el "interés" de la víctima en que no se le cercenen posibilidades de desarrollo<sup>70</sup>. Sin embargo, **Frisch** reconoce que los criterios generales contruídos para otros ámbitos necesitan de una "concreción originaria", ya que están delineados para supuestos en los que el potencial de riesgo de la conducta del autor no se ve mediado por el concurso de otro interviniente, es decir, de la víctima<sup>71</sup>. La línea fundamental de su aproximación puede resumirse en la idea de que en principio parece lo más adecuado "...delinear el alcance de la autoresponsabilidad del modo más amplio

---

<sup>67</sup> Cfr. **W. Frisch**, NSTZ 1992, p. 3; también *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 125.

<sup>68</sup> **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 151 y ss., 154, 156 y ss., 182 y ss., 204 ff.

<sup>69</sup> A la postura de **Frisch** se aludirá con frecuencia -más allá de las referencias contenidas en la segunda parte del presente estudio- en el marco de la aproximación a desarrollar *infra* §§ 9 y 10.

<sup>70</sup> **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 157, 182 y s.

<sup>71</sup> **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 152.



posible... Tal decisión, en principio, está tanto en el interés del tercero como de la potencial víctima"<sup>72</sup>.

## 2. Autoresponsabilidad y prevención general positiva (Derksen)

Desde una perspectiva material diferente, como se verá a continuación, pero con una aproximación metodológica análoga a la de **Frisch**, también **Derksen** ha propuesto una construcción puramente dogmático-funcional del concepto de autoresponsabilidad. En efecto, **Derksen** parte de que "En el orden funcional [que es el] Derecho penal, la **autoresponsabilidad** de la víctima, en congruencia con la responsabilidad del autor, sólo puede determinarse de modo funcional..., y es, por tanto, el resultado y no el punto de partida de la adscripción que reconstruye la garantía social de existencia y la autoresponsabilidad"<sup>73</sup>. Después de un exhaustivo análisis de las aproximaciones existentes<sup>74</sup> y de una opción en favor de un método dogmático decididamente teleológico<sup>75</sup>, **Derksen** identifica como telos de la construcción conceptual de la dogmática penal la prevención general positiva en cuanto fin

---

<sup>72</sup> **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 153.

<sup>73</sup> *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 138 (subrayado en el original).

<sup>74</sup> **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 30 a 168.

<sup>75</sup> **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 169 y ss.

de la pena, en el sentido desarrollado sobre todo por **Jakobs**<sup>76</sup>. Una vez hecho esto, no puede sorprender cuál es la definición de los supuestos de autoresponsabilidad que ofrece **Derksen**: "El hecho debe imputarse a la víctima cuando desaparezca el fin de la pena..."<sup>77</sup>. Y a partir de esta determinación fundamental, **Derksen** va delineando sus propuestas de solución concretas<sup>78</sup>.

### 3. Crítica

Las objeciones que desde la perspectiva aquí adoptada deben plantearse a las dos aproximaciones acabadas de exponer coinciden en un aspecto nuclear: no se dirigen tanto contra los resultados dogmáticos concretos que con ellas se obtie-

---

<sup>76</sup> *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 175; sobre esta cuestión en el pensamiento de **Jakobs**, cfr. por todos **Peñaranda Ramos/Suárez González/Cancio Meliá**, en: **Jakobs**, *Estudios de Derecho penal*, I. a VII., con numerosas referencias.

<sup>77</sup> *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 191.  
Este punto de partida presenta una más que curiosa coincidencia -sin que el propio **Derksen** parezca haberla advertido- con la postura de **Carrara** (*Programma PS*<sup>10</sup>, vol. 1º, § 1100, pp. 110 y ss.), quien -en contra del unánime rechazo en la doctrina de la época de cualquier modalidad de "compensación de culpas" en Derecho penal, cfr. supra § 4 I. A. 3. afirmaba que en algunos casos, la conducta imprudente o dolosa de la víctima podía resultar impune por "...desaparición de la razón política de punir, por la desaparición del daño mediato", concepto éste -daño mediato- que presenta notables puntos de contacto con el de prevención general positiva adoptado por **Derksen** (cfr. sobre esta coincidencia sólo **Peñaranda Ramos/Suárez González/Cancio Meliá**, en: **Jakobs**, *Estudios de Derecho penal*, III. 2.)

<sup>78</sup> Cfr. *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 198 y ss.; al igual que en el caso de la aproximación de **W. Frisch**, algunas reflexiones de **Derksen** se hallan integradas en la propuesta de tratamiento dogmática desarrollada infra §§ 9 y 10

nen<sup>79</sup> como contra el proceder metodológico empleado. En efecto, la perspectiva metodológica común elegida por **Frisch** y **Derksen** -desde dos sectores de la dogmática tan diversos como la teoría del tipo y de la función de la pena- implica, en lo fundamental, dos inconvenientes:

En primer lugar, ninguno de los dos autores es, en realidad, coherente con su postulado de no introducir ninguna noción previa al sistema dogmático en la construcción de la auto-responsabilidad.

En lo que se refiere a la propuesta de **Frisch**, la introducción de la perspectiva del interés de desarrollo de la víctima<sup>80</sup> en la determinación genérica de la adecuación de la desvaloración jurídico-penal de la conducta del autor revela que está introduciendo un criterio adicional específico que va más allá de los pasos de análisis por él postulados. Pues parece claro que la adscripción a la víctima de un ámbito de desarrollo autónomo no siempre puede ser objeto de un análisis en función de unos "intereses" objetivados<sup>81</sup>. Por ello, se le ha reprochado a **Frisch** -con razón- que su aproximación se queda, al menos en su formulación expre-

---

<sup>79</sup> Que -especialmente en el caso de la monografía de **Frisch**- se cuentan, sin duda, entre las aproximaciones más exhaustivas que existen en la materia.

<sup>80</sup> Cfr. sólo *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 183.

<sup>81</sup> Sirva de ejemplo al respecto el desarrollo de **Frisch** en lo relativo a la determinación de la medida de "responsabilidad" concreta de la víctima, donde su propuesta se queda en una poco concreta "funcionalización" sin un punto de partida claro; cfr. *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 162 y s., 164 y ss. e *infra* § 10 II. A.

sa, en una aproximación formal, sin contenido material<sup>82</sup>.

Y tampoco **Derksen** es completamente coherente con su perspectiva metodológica de deducir el ámbito de autoresponsabilidad de la víctima de modo directo de la noción de prevención general positiva. Pues al desarrollar las bases normativas del concepto de injusto que postula como punto de partida para la solución concreta<sup>83</sup> se introducen elementos cuya relación de deducción con la prevención general positiva no queda acreditada<sup>84</sup>.

En segundo lugar, la pretendida funcionalización radical de la idea de autoresponsabilidad conduce a que sus respectivas propuestas dogmáticas padezcan un cierto déficit de diferenciación. Dicho de otro modo: dentro de las innumerables constelaciones de casos en las que -hablando en términos fáctico-externos- de algún modo interviene la víctima, no se discriminan con claridad aquellos supuestos en los que es precisamente la autoresponsabilidad de la víctima la razón para determinado tratamiento dogmático<sup>85</sup> de aquellos otros

---

<sup>82</sup> Así, por ejemplo, aunque desde una perspectiva más general, el propio **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 77 y ss., 80 y s.; en sentido similar también **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, p. 2, nota 10; **Walther** dice (*Eigenverantwortlichkeit*, p. 64) -en la misma línea- que en última instancia el criterio de decisión de **Frisch** está en un genérico "merecimiento de pena"

<sup>83</sup> Separación de esferas de organización y vinculación excepcional de esferas de organización, cfr *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 178 y ss., 192.

<sup>84</sup> Cfr. también en sentido similar sobre la propuesta de **Derksen** la crítica de **Gössel**, GA 1995, p. 383.

<sup>85</sup> Cfr. en el presente estudio *infra* § 9 I.

en los que la intervención de la víctima puede resultar relevante en virtud de otras razones no vinculadas a su carácter de titular del bien jurídico afectado<sup>86</sup>.

Como es claro, ésta es una objeción que no es de carácter intrasistemático, sino deriva de la idea de que a la conducta de la víctima corresponde -en determinados supuestos<sup>87</sup>- una calidad específica en la valoración jurídico-penal. Como es lógico, partiendo de que para ambos autores la autoresponsabilidad se encuentra totalmente heterodeterminada, no reconocen tal ámbito específico: ni en la propuesta de **Frisch** ni en la de **Derksen** esta diferenciación se lleva a cabo<sup>88</sup>.

### C. La autoresponsabilidad como punto de partida material del sistema de imputación

Frente a las dos aproximaciones que se acaban de esbozar, sin embargo, también cabe imaginar una perspectiva intermedia: observar cuál es la orientación fundamental que caracteriza al ordenamiento jurídico -en cuanto "entorno" de la teoría del delito- en relación con la autonomía de los ciu-

---

<sup>86</sup> Cfr. aquí *infra* § 9 II.

<sup>87</sup> Cfr. la fundamentación ofrecida *infra* § 9 I. A. y B. 2.

<sup>88</sup> En efecto, ambos presentan en el contexto del tratamiento de la conducta de la víctima ciertos supuestos (por ejemplo, **Frisch**, *Tatbestandmäßiges Verhalten*, pp. 219 y ss.: responsabilidad por objetos generadores de riesgo; **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 198 y ss.: conductas del autor sin colaboración con la víctima) que desde la perspectiva aquí defendida pertenecen a un nivel de análisis no específico en relación con la víctima, sino más genérico (cfr. *infra* § 9 II. A.).

dadanos e intentar extraer de esta orientación -mediante una construcción, por tanto, deductiva<sup>89</sup>- algunas pautas directivas para la configuración dogmática del tratamiento de la intervención de la víctima en actividades arriesgadas.

## 1. El principio de autoresponsabilidad

### a) Planteamiento

En realidad, este punto de partida al que se acaba de aludir es el que ha sido utilizado por cierto sector de la bibliografía que maneja un principio de autoresponsabilidad<sup>90</sup>. El contenido material asignado a la idea de autoresponsabilidad en esta aproximación es muy sencillo: en principio, el ordenamiento jurídico parece partir de modo implícito de que todos han de responder tan sólo de sus propios actos. En este sentido, la idea de autodeterminación tiene como presupuesto indudable la idea de responsabilidad personal. La imagen del ser humano que delinea la Constitución parte, en

---

<sup>89</sup> Así **Silva Sánchez**, LH Beristain, pp. 637 y s.; *idem*, en: CGPJ (ed.), *La victimología*, p. 26.

<sup>90</sup> Cfr. sólo *S/S<sup>24</sup>-Lenckner*, n.m. 101a previo al § 13; *S/S<sup>24</sup>-Cramer*, § 15 n.m. 148 y ss.; **Kühl**, AT, 4/83 y ss. (aunque de modo implícito en lo que se refiere a la deducción del sistema constitucional); materialmente también **Mir Puig**, *PG<sup>4</sup>*, 19/10 y ss.; ya *idem*, ADPCP 1991, p. 267; **Schumann**, *Handlungsunrecht*, p. 1 y ss., 6 y *passim*; **Neumann**, JA 1987, pp. 247 y ss.; **Hohmann/König**, NSTZ 1989, p. 308; **Walther**, *Eingenvantwortlichkeit*, pp. 78 y ss. (expresamente en cuanto a la referencia constitucional).

todo caso, de que éste tiene capacidad para autodeterminarse<sup>91</sup>. Ello no sólo se manifiesta en la responsabilidad que el ordenamiento jurídico exige a quienes infringen las normas jurídico-penales, sino que debe tener repercusión también en el establecimiento de esferas de responsabilidad cuando son varios sujetos los que intervienen en un hecho<sup>92</sup>. En este sentido, por regla general no se responde del comportamiento de otros<sup>93</sup>. Por ello, cuando la víctima ha intervenido junto con un tercero en la actividad generadora del riesgo -a salvo de ciertas situaciones- éste no deberá responder, ya que no puede ser hecho responsable de lo realizado por la víctima. Este principio de autoresponsabilidad sirve también como pauta de solución para fundamentar la impunidad de la intervención de aquellos entre varios sujetos que contribuyen causalmente a la comisión de una infracción penal que no cumplen los requisitos de la participación o autoría delictivas<sup>94</sup> (es decir, el conjunto de problemas tratado bajo los rótulos "prohibición de regreso"/"participación imprudente"/"principio de confianza").

---

<sup>91</sup> Cfr. **Schumann**, *Selbstverantwortung*, pp. 1 y ss.; **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 79.

<sup>92</sup> **Schumann**, *Selbstverantwortung*, pp. 1 y s.; desde una perspectiva distinta, cfr. también **Peñaranda Ramos**, *La participación*, p. 288.

<sup>93</sup> Vid. sólo **Schumann**, *Selbstverantwortung*, p. 6; **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 80.

<sup>94</sup> Cfr. sobre todo *S/S<sup>24</sup>-Lenckner*, n.m. 101a previo al § 13; *S/S<sup>24</sup>-Cramer*, § 15 n.m. 148 y ss.; **Stratenwerth**, FS Eb. Schmidt, pp. 390 y ss.; **Schumann**, *Selbstverantwortung*, pp. 1 y ss., 69 y ss.; de modo específico en relación con la conducta de la víctima, cfr. sobre todo **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 78 y ss.

**b) Ambito de responsabilidad preferente**

Parece que nada hay que objetar a la orientación antes expuesta. En efecto, parece fuera de toda duda que el modelo social diseñado en nuestro ordenamiento parte de la imagen de un sujeto autónomo. Especialmente, el contenido del art. 10.1 CE, que consagra el "libre desarrollo de la personalidad"<sup>95</sup> como fundamento de la organización social, no puede ser entendido fuera de un sistema en el que no esté consagrado implícitamente tal noción del ciudadano como sujeto autónomo<sup>96</sup>. Tampoco desde el punto de vista metodológico parece que haya razones que se opongan a este mecanismo de deducción: el modelo de Estado y sociedad diseñado en la base del ordenamiento jurídico, sin duda, debe ser punto de

---

<sup>95</sup> Que **Mir Puig** (PG<sup>4</sup>, 19/10 y ss.) invoca como fundamento tanto del consentimiento "normal" (op. cit., 19/10, 19/12) como del "consentimiento en el riesgo", es decir, del ámbito que aquí interesa (op. cit., 19/27; cfr. ya **idem**, ADPCP 1991, p. 267)

<sup>96</sup> En Alemania, se ha hecho referencia a la disposición del art. 2.1 de la Ley Fundamental, que contiene el derecho al libre desarrollo de la personalidad; cfr., en este sentido, respecto de la fundamentación del consentimiento, sólo **Jescheck/Weigend**, AT<sup>6</sup>, § 34 II. 3.; **Maurach/Zipf**, AT 1<sup>7</sup>, 17/36 y últimamente en un desarrollo monográfico **Göbel**, *Einwilligung*, pp. 24 y ss. y *passim*; respecto del ámbito que aquí interesa, cfr. **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 80; en sentido similar parece que también **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 185 y s., aunque sin referencia jurídico-constitucional, afirmando la existencia de una "esfera privada" de la víctima (siguiendo la idea desarrollada por **Jakobs** para otro ámbito -concretamente, en el lado del autor, en relación con la legitimidad de la anticipación de barreras de punición, cfr. **Jakobs**, ZStW 97 [1985], pp. 751 y ss. como derivación del principio del hecho)



referencia de la construcción conceptual de la dogmática jurídico-penal<sup>97</sup>.

El núcleo de la idea de "auto-responsabilidad" quedaría delineado, entonces, del siguiente modo: a) a todo ciudadano corresponde un ámbito de organización propia de su ámbito vital, b) en principio, también corresponde a quien es titular de tal ámbito de autoorganización la responsabilidad por los daños que puedan derivar de esa organización propia<sup>98</sup>. De este modo, resulta que en el término "autoresponsabilidad" se funden ambas perspectivas: la "autonomía" y la "responsabilidad" derivada de ésta.

Sin embargo, sí parece que hay un elemento que añadir a un genérico principio de autoresponsabilidad como el que acaba de referirse. En efecto, además de la genérica atribución de autonomía a cada sujeto, con el correlativo principio de

---

<sup>97</sup> Cfr., desde una perspectiva general, sólo **Mir Puig**, en: *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 29 y ss., 55 y ss.

Cuestión distinta es, sin embargo, que en concreto el mecanismo de deducción llevado a cabo sea correcto (así las críticas formuladas frente a la propuesta de **Schumann**, afirmando que la deducción del principio de autoresponsabilidad llevada a cabo por **Schumann** pasa de modo demasiado directo a la construcción dogmática: cfr., desde una perspectiva general, en este sentido **Meurer**, NJW 1987, p. 2424; **W. Frisch**, JZ 1988, p. 655; en cuanto al ámbito que aquí interesa, en el mismo sentido **Eschweiler**, *Selbstgefährdung*, pp. 57 y s.; **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, p. 13). Respecto de los límites metodológicos de esta deducción cfr. a continuación en el texto.

<sup>98</sup> De modo similar, **Silva Sánchez** afirma que el problema consiste en la atribución de "ámbitos de responsabilidad" (**Silva Sánchez**, LH Beristain, p. 642) o de "esferas de competencia o imputación" (**Silva Sánchez**, en: CGPJ [ed.], *Victimología*, p. 33) a víctima y autor.

responsabilidad personal que ésta conlleva, hay elementos que indican que al titular de los bienes jurídicos personales debe atribuirse una posición especial. Si el sacrificio por parte del propio titular de esos bienes no es reprimido por el Derecho penal, y las intervenciones de terceros en actividades autolesivas es inculpada de modo excepcional por normas especiales<sup>99</sup>, parece entonces claro, en primer lugar, que queda al albedrío del titular de esos bienes configurar su actividad vital de tal modo que se genere un riesgo para sus propios bienes. En este sentido, será el titular de esos bienes quien deba determinar cómo manejarlos. Como correlato de esa libertad de organización vital arriesgada, sin embargo, será también el titular quien deba asumir de modo preferente los daños que puedan derivar de ella. La especial relación que une al titular con sus bienes<sup>100</sup> también debe manifestarse, entonces, en segundo lugar -cuando junto al titular intervenga un tercero-, en que nadie puede responder antes que el titular de los daños que se puedan generar. Lo contrario implicaría privar al titular de su libertad de organización, e imponer a los demás un deber de tutela<sup>101</sup> que, al no estar formulado de modo expreso, no existe. Para determinar si, interviniendo un tercero junto

---

<sup>99</sup> Cfr. *supra* § 2 II.

<sup>100</sup> Más densa que la que puede existir respecto de los bienes de cualquier tercero; cfr. en este sentido **Jakobs**, "La organización de autolesión y heterolesión", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*, V.

<sup>101</sup> Así ya **Exner**, FG Frank I, pp. 590 y s.; en la bibliografía actual, cfr. sólo **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 157.

al titular, la situación de riesgo puede atribuirse a éste, parece evidente que adquirirá relevancia cuáles sean los términos de la interacción entre autor y víctima. En este sentido, la interacción entre ambos intervinientes queda determinada también -de modo constitutivo- por la condición de ambos como responsables preferentes de sus respectivos bienes, siempre que se trate de sujetos definidos como iguales y, por tanto, titulares de un ámbito propio de autoorganización<sup>102</sup>. Entonces, cuando pueda ser atribuída la situación de riesgo en su conjunto, tanto en lo que se refiere a las aportaciones de uno (que puede ser, *ex post*, "víctima", al lesionarse sus bienes) como de otro (que puede ser, *ex post*, "autor", en cuanto que de una aportación causal suya deriva un resultado lesivo de los bienes del otro) al ejercicio de libertad de organización de su ámbito por parte del titular, ésta quedará dentro del ámbito de responsabilidad preferente del titular. Al titular del bien le corresponde, en palabras de **Neumann**, "...en un ordenamiento jurídico liberal, no-paternalista... una competencia **primaria** para su conservación"<sup>103</sup>; en consecuencia, como dice **Jakobs**, "quien participe en una actividad arriesgada... en caso de producirse un daño, no puede invocar que los demás deberían haber

---

<sup>102</sup> Cfr sobre la interesante fundamentación de esta perspectiva de igualdad recíproca en el pensamiento de **Zaczyk** *supra* § 8 II. A. 1. a).

<sup>103</sup> **Neumann**, JA 1987, pp. 247 y s. (subrayado en el original); en el mismo sentido, **Puppe** habla -si bien de modo limitado al delito imprudente- de una "competencia preferente del titular del bien jurídico" (NK, n.m. 175 previo a los §§ 13 y ss.).

tenido cuidado de él, pues tal tutela frente a una persona responsable sería incompatible con la relación negativa en cuanto relación entre iguales..."<sup>104</sup>.

Con el reconocimiento de la existencia de un ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, derivado de la autonomía de ésta: principio de autoresponsabilidad, que debe introducirse en el tratamiento dogmático de la conducta de la víctima, quedan disueltos -al menos respecto del sector que aquí interesa<sup>105</sup>- los dilemas político-criminales que pueden plantearse en la construcción dogmática<sup>106</sup>: no se trata ni de ampliar el ámbito de punibilidad ni de desproteger la víctima, sino de articular mecanismos para la introducción de la figura de la víctima como sujeto responsable en la discusión dogmática.

### c) Límites de deducción

Sin embargo, al delinearse el principio de autoresponsabilidad como atribución de un ámbito de responsabilidad prefe-

---

<sup>104</sup> *Jakobs, Tun und Unterlassen*, p. 28.

<sup>105</sup> Es decir, en lo que se refiere al tratamiento dogmático de los supuestos en cuestión dentro del marco del sistema penal vigente; cuestión distinta es -ya en el plano de la política legislativa- la modificación de los contornos mismos de este sistema; cfr. *supra* § 7 I. B.

<sup>106</sup> Cfr. la exposición *supra* § 7 I. B. al hilo de la llamada victimodogmática.

rente al titular del bien queda ya claro que el rendimiento que de él puede obtenerse para la solución del problema dogmático es muy limitado<sup>107</sup>.

En efecto, por un lado, el ámbito de responsabilidad tan sólo es "preferente"; el titular deberá asumir por regla general los costes, pero ello no implica que no pueda haber sectores en los que sí se establezca una responsabilidad de otros respecto de los bienes del titular. Por otro lado y sobre todo, habrá de determinarse cuáles son las circunstancias concretas que permiten -como se ha dicho antes- atribuir la situación de riesgo al titular. En última instancia, entonces, la "vigencia concreta" de este principio de autoresponsabilidad "sólo puede ser constatada dentro de un sistema de imputación concreto"<sup>108</sup>. En este sentido, el punto de partida en la "autonomía" conduce a la "asunción de riesgos imputables"<sup>109</sup>. Pero con posterioridad a ese punto de partida han de formularse las restricciones que dan sentido a la mención de que se trata tan sólo de una atribución "preferente"<sup>110</sup>, no exclusiva. En última instancia, ello

---

<sup>107</sup> Es quizás esto lo que puede explicar la poca atención que, en general y como se decía al principio de este apartado, se ha prestado al desarrollo de la idea de autoresponsabilidad en el ámbito que nos interesa.

<sup>108</sup> **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 81.

<sup>109</sup> Cfr. el desarrollo hecho por **Baldó Lavilla** (*Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 49 y ss.) para el ámbito de la justificación.

<sup>110</sup> Cfr. paralelamente para el ámbito por él analizado **Baldó Lavilla**, *Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 48 y s., 63 y ss.

confirma que las decisiones valorativas fundamentales del ordenamiento -como es la de atribuir a los sujetos un ámbito de autonomía- no pueden ofrecer más que un punto de partida, mientras que el concreto funcionamiento en el sistema jurídico debe ser elaborado con parámetros dogmáticos<sup>111</sup>. El objetivo de desarrollo dogmático, entonces, es el siguiente: ¿cuándo la intervención de un sujeto respecto de una actividad que puede afectar a sus propios bienes puede excluir la responsabilidad jurídico-penal de quien interviene junto a él en esa actividad?

## 2. Presupuestos para la construcción dogmática

Partiendo de que tal desarrollo dogmático no puede quedar predeterminado plenamente por un concepto previo de autoresponsabilidad, ¿cuáles son las líneas fundamentales que, sin embargo, sí cabe extraer del binomio autonomía-responsabili-

---

<sup>111</sup> En este sentido el desarrollo de **Larenz**, *Methodenlehre*, pp. 346 y ss.: ciertos principios (entre los cuales **Larenz** incluye el de "auto-determinación y responsabilidad personal" como meras "ideas jurídicas generales" que pueden orientar la concreción en cuanto "pauta rectora" (op. cit., p. 346) Para **Larenz**, aún después de la concreción en "sub-principios" -como podría ser la idea de un ámbito de responsabilidad preferente del titular-. éstos están lejos de "constituir reglas de las que pudiera derivar la decisión de un caso concreto de modo directo" (op. cit., pp. 346 y s.) A su vez, el verdadero contenido del principio sólo se concreta, en realidad, en su configuración en la "esfera operativa". Cfr. en sentido similar, la distinción de **Baldó Lavilla** (*Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 40 y s., 43 y ss.) entre "ideas rectoras" y "principios operativos"; respecto de la cuestión que aquí interesa, cfr. sobre todo **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 73, 78 y ss.

dad, de la existencia de un "ámbito de responsabilidad preferente" de la víctima?

En primer lugar, parece que la determinación de la atribución a la víctima del daño no es uno de los supuestos en los que es una causa -excepcional- de justificación la que "...permite[n]... la realización de lo que por regla general está prohibido"<sup>112</sup>, sino que tal determinación afecta de modo general precisamente a lo que "está prohibido" o no. Dicho de otro modo: se trata de un problema de tipicidad<sup>113</sup>.

En segundo lugar, sólo podrá servir de pauta la idea de autoresponsabilidad cuando el contexto normativo efectivamente esté orientado -como sucede por regla general- a garantizar la libertad frente a intromisiones en la esfera de la víctima<sup>114</sup>. Cuando, por el contrario, el contexto normativo del ámbito en cuestión prevea tales intromisiones, con una fun-

---

<sup>112</sup> Rodríguez Mourullo, LH Antón Oneca, p. 510.

<sup>113</sup> Marco sistemático en el que es situada la cuestión por la gran mayoría de las aproximaciones doctrinales existentes, como se ha visto en la segunda parte de este trabajo.

<sup>114</sup> Dicho en la terminología de **Jakobs**, cuando las normas en cuestión pretenden garantizar la "separación de ámbitos de organización" (cfr. por ejemplo, AT<sup>2</sup>, 1/7, 28/14; le sigue **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 181, 192 y ss.); en sentido similar, **Baldó Lavilla** (*Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 55 y s.): el sector de las prohibiciones o mandatos "orientados al desarrollo de la separación entre esferas organizativas autónomas".

ción tuitiva<sup>115</sup>, en la esfera de la víctima, es decir, no se reconozca autonomía -en cierta medida- de organización, la solución dogmática por definición no responderá a la idea de autoresponsabilidad<sup>116</sup>.

En tercer lugar, aunque ello parezca evidente, hay que señalar que sólo derivarán consecuencias jurídico-penales del principio de autoresponsabilidad para la conducta del autor cuando la actividad pueda ser efectivamente atribuida a la víctima<sup>117</sup>. Cuando ello no sea el caso, pueden operar otras instituciones dogmáticas no específicas de la intervención de la víctima, cuyo funcionamiento, como es lógico, responde a otras bases distintas<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> Vid. sólo **Baldó Lavilla** (*Estado de necesidad y legítima defensa*, pp. 57 y s.) sectores normativos "orientados al desarrollo del principio de solidaridad entre esferas organizativas autónomas".

<sup>116</sup> Cfr. *infra* § 9 I. C.

<sup>117</sup> Cfr. *infra* §§ 9 I. A. (líneas fundamentales) y 10 (límites).

<sup>118</sup> Cfr. *infra* § 9 II.



§ 9 Líneas fundamentales del tratamiento dogmático de  
-----  
la conducta de la víctima: imputación a la víctima  
-----  
e imputación objetiva  
-----

En las páginas que siguen, se tratará de llevar a la práctica un primer paso para el objetivo antes propuesto: desarrollar los instrumentos dogmáticos para el tratamiento de la conducta de la víctima en el sistema de imputación jurídico-penal en el plano de la tipicidad. Este primer paso consiste, en primer lugar, en una propuesta de construcción dogmática -en una formulación positiva<sup>119</sup>- para aquel sector de constelaciones de casos en el que la solución dogmática es una concreción directa de la existencia de un ámbito de responsabilidad preferente de la víctima (*infra* I.). En segundo lugar y para completar la perspectiva del tratamiento dogmático, también se hace un breve examen de otros ámbitos de la teoría del tipo en los que la conducta de la víctima puede adquirir relevancia, si bien no como concreción de su carácter autoresponsable, sino como factor que incide en la determinación de la tipicidad en virtud de otras instituciones dogmáticas de carácter más general (*infra* II.), tanto en el ámbito de la imputación de la conducta como de la imputación del resultado. Es decir, en ese ámbito se tratarán aquellos supuestos en los que no es necesario desarrollar una institución dogmática específica para la valoración de la conduc-

---

<sup>119</sup> Sobre los límites inmanentes de esta formulación dogmática, cfr. sobre todo el desarrollo llevado a cabo *infra* § 10.

ta de la víctima, sino en los que basta con recurrir a la teoría general de la imputación objetiva. No obstante, como se verá, si bien han de aplicarse instituciones generales, la especial significación normativa de la figura de la víctima produce también en este ámbito alguna particularidad sectorial<sup>120</sup>.

### I. La imputación a la víctima

-----

Como acaba de decirse, en un primer paso corresponde ahora delinear los rasgos esenciales de la aproximación dogmática que aquí se intentará desarrollar. Para ello, se propone, en primer lugar, en forma de tesis una definición de la "imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima", o, brevemente, "imputación a la víctima", como institución dogmática destinada a resolver un sector fundamental de las constelaciones de casos que aquí interesan; respecto de esta definición se formulan, además, algunas precisiones preliminares (*infra* A.). A continuación, se expresa cuál es el contexto sistemático que se estima adecuado para la solución del problema, y, en especial, se intenta fundamentar la necesidad de una construcción dogmática específica (*infra* B.). Finalmente, se exponen algunas breves reflexiones acerca de los límites que imponen al tratamiento general ciertos sectores

---

<sup>120</sup> Cfr. *infra* § 9 II. B. 3.

normativos en los que -limitando hasta cierto punto el principio de autoresponsabilidad y, por lo tanto, también el funcionamiento de la "imputación a la víctima"- el ordenamiento impone funciones tuitivas a determinados sujetos frente a los bienes de la víctima (*infra* C.).

En lo que se refiere a la terminología, lo cierto es que parece que debe atribuirse más relevancia al contenido dogmático de una propuesta que a su rótulo. Si aquí se propone la denominación -por lo demás, nada original- de "imputación a la víctima", es sobre todo por razones de índole secundaria, relacionadas sobre todo con la evolución de la discusión doctrinal.

Que no puede resultar adecuada aquella terminología que implica una perspectiva categorialmente distinta a la aquí sostenida, como la de "consentimiento"<sup>121</sup> o la del "principio victimológico"<sup>122</sup>, parece evidente. Pero tampoco se ha recurrido a las denominaciones que han sido propuestas desde sectores doctrinales que han desarrollado un punto de vista próximo al que aquí intenta defenderse, propuestas en las que -como es natural y se observará a continuación- el desarrollo planteado en el presente estudio se apoya. En efecto, podría utilizarse la ya asentada denominación de "autopuesta en peligro", acuñada sobre todo por **Roxin**<sup>123</sup> y que es ya un verdadero lugar común en doctrina y jurisprudencia. Pues en última instancia, cuando se afirma que concurre una "autopuesta en peligro" se está sosteniendo que lo sucedido no

---

<sup>121</sup> Cfr. *supra* § 5 II.

<sup>122</sup> Vid. *supra* § 7 II. B.

<sup>123</sup> Cfr. *supra* § 6 I.

entra en el ámbito de responsabilidad de la víctima. Sin embargo, desaconseja el uso de este término el hecho de que en el presente estudio se propone una solución que no toma como punto de referencia la distinción de conductas de participación de las de autoría, como sí hace, hasta cierto punto, el sector doctrinal encabezado por **Roxin** y la amplia jurisprudencia que le sigue<sup>124</sup>. Tampoco se opta aquí por hablar de una "actuación", "actuar" o "acción a propio riesgo" o (*Handeln auf eigene Gefahr*), como han hecho -si bien con distintos contenidos-, trasladando al ámbito penal una figura proveniente del Derecho civil alemán, por ejemplo, **Preuß**<sup>125</sup>, **Jakobs**<sup>126</sup>, **Bruns**<sup>127</sup>, **Krey**<sup>128</sup> o **Derk-sen**<sup>129</sup>, ni de la "competencia de la víctima" (*Opferzuständigkeit*), término utilizado, por ejemplo, por **Jakobs**<sup>130</sup> o **Herzog y Nestler-Tremel**<sup>131</sup>. Pues

---

<sup>124</sup> Recuérdese, de todos modos, que en la doctrina alemana se utiliza esta denominación con frecuencia sin un contexto sistemático claro, por lo que **W. Frisch** (NSTZ 1992, p. 67; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 145) ha afirmado con razón que existe un empleo "desenfrenado y ecléctico" de la misma.

Por lo demás, respecto de esta denominación hay que señalar -a modo de ejemplo- que el riesgo de confusión que puede generar el uso de un mismo término con contenidos divergentes ya se ha concretado en alguna ocasión en el resultado de una efectiva identificación discutible de contenidos; así, por ejemplo, al introducir **Roxin** (AT I<sup>2</sup>, 11/102) en sus reflexiones las opiniones de **Zaczyk** en cuanto a la calificación de ciertos supuestos como "autopuesta en peligro" o "heteropuesta en peligro", cuando lo cierto es que el contenido que **Zaczyk** le asigna a tal término (cfr. *supra* § 8 II. A. 1. b) está alejado en puntos esenciales del que es propuesto por **Roxin**.

<sup>125</sup> *Untersuchungen*, pp. 151 y ss.

<sup>126</sup> Cfr. sólo AT<sup>2</sup>, 7/129.

<sup>127</sup> NJW 1987, p. 2282.

<sup>128</sup> BT 1<sup>10</sup>, n.m. 120 y ss.

<sup>129</sup> *Handeln auf eigene Gefahr, passim*.

<sup>130</sup> Cfr., por ejemplo, *La imputación objetiva*, pp. 109 y ss.; *idem*, "La imputación objetiva", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*, V.

<sup>131</sup> StV 1987, p. 369

aparte de la discutible "aclimatación" de ambos términos al castellano<sup>132</sup>, hay dos aspectos que no parecen positivos a los efectos que aquí se persiguen: en primer lugar, ninguna de las dos expresiones designa con claridad el carácter específico de lo que aquí quiere proponerse. En efecto, puede pensarse, por ejemplo, que "actúa a su propio riesgo" o "es competente" también aquella víctima que se expone a un riesgo general de la vida, sin que haya en este caso una imputación en sentido estricto a la víctima, sino meramente una aplicación de la regla *casus sentit dominus*. Por otro lado, también queda exonerado el autor -y, en ese sentido, podría decirse que es "competente" la víctima- cuando el riesgo en cuya generación ha intervenido el autor queda cubierto por un riesgo permitido, etc. Sin embargo, de lo que aquí quiere tratarse al hablar de "imputación a la víctima" - como se acaba de adelantar y se verá a continuación- es de los supuestos en los que la razón de la atipicidad de la conducta del tercero está, precisamente, en la atribución de lo sucedido al ámbito de responsabilidad a la víctima, es decir, aquellos casos en los que la exoneración del autor proviene específicamente del carácter responsable de aquella<sup>133</sup>. Por otro lado, el término "compe-

---

<sup>132</sup> Y los distintos significados -de modo paralelo a lo que puede constatararse respecto de la "autopuesta en peligro"- que han sido atribuidos por los diversos autores a estos términos: así, por ejemplo, **Preuß** y **Krey** utilizan esta terminología para designar más bien una determinada modalidad de consentimiento (atenuado), mientras que para **Jakobs** -más en la línea de lo que puede ser la utilización de la noción de "autopuesta en peligro" en el marco de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por **Roxin**, y, como se verá, del punto de vista defendido en el presente estudio- se refiere a una causa de exclusión de la imputación objetiva de la conducta (cfr. en general sobre la perspectiva adoptada por **Jakobs** en materia de imputación objetiva la exposición *supra* § 3 II. B. 2.).

<sup>133</sup> Cfr. *infra* § 9 I. B. 3.; en contra de esta posición y terminología formula una objeción similar **W. Frisch**, al afirmar que hay casos en los que no puede hablarse de "competencia" de la víctima a pesar de concurrir atipicidad (cfr. **Frisch**, NSTZ 1992, p. 6 con nota 57); pero la  
(continúa...)

tencia de la víctima" parece designar más bien el resultado del proceso dogmático de atribución de ámbitos de responsabilidad, antes que ese proceso mismo<sup>134</sup>.

En conclusión: si lo que se propone es imputar lo sucedido al ámbito de responsabilidad de la víctima, o, dicho de modo abreviado, a la víctima<sup>135</sup>, ¿por qué no llamar las cosas por su nombre?.

### A. Rasgos esenciales

Para acometer la exposición de los rasgos esenciales de la institución de la "imputación a la víctima", se parte de la formulación de una tesis (*infra* 1.). Esta tesis se ve precisada a continuación en lo que se refiere a las características del proceso de imputación en este ámbito (*infra* 2. y 3.). En último lugar, se desarrolla la noción de "organización conjunta" -que es presupuesto de la imputación- (*infra* 4.)<sup>136</sup>.

---

<sup>133</sup> (...continuación)  
crítica de **Frisch** va justo en la dirección contraria a la aquí defendida -diferenciar los casos de atribución de responsabilidad al ámbito de la víctima de otros en los que ésta no concurre-, al sostener -como se ha señalado ya *supra* § 8 II. B. 1. y 3.- que todas las constelaciones de casos deben reconducirse a la teoría general de la conducta típica, sin ulterior diferenciación, en principio.

<sup>134</sup> En sentido similar **Schünemann**, en: *idem/Pfeiffer, Die Rechtsprobleme von AIDS*, p. 472, nota 219; cfr. también acerca de la falta de claridad del término **W. Frisch**, *NStZ* 1992, p. 6.

<sup>135</sup> Cfr. *infra* § 9 I. B. 1. y 2.

<sup>136</sup> El desarrollo más detallado de los límites a esta institución se llevará a cabo *infra* § 10.

## 1. Definición

Cuando el titular de un bien jurídico ("víctima") emprende conjuntamente con otro ("autor") una actividad que puede producir una lesión de ese bien jurídico, la actividad generadora del riesgo debe ser imputada<sup>137</sup> al ámbito de responsabilidad preferente de la víctima, en la medida en que

- a) la actividad permanezca en el ámbito de lo organizado conjuntamente por autor y víctima<sup>138</sup>,
- b) la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, por carecer la primera de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias<sup>139</sup>,
- c) el autor no tenga un deber de protección específico frente a los bienes de la víctima<sup>140</sup>.

La "imputación a la víctima" impide que la contribución del autor al suceso sea jurídico-penalmente típica -a salvo de normas penales especiales que eliminen el ámbito (general) de responsabilidad preferente de la víctima<sup>141</sup>-; constituye

---

<sup>137</sup> Cfr. *infra* § 9 I. A. 2. y 3.

<sup>138</sup> Cfr. *infra* § 9 I. A. 4.

<sup>139</sup> Cfr. *infra* § 10 II. A. y B., respectivamente.

<sup>140</sup> Cfr. *infra* § 9 I. C.

<sup>141</sup> Cfr. *supra* § 2.

una institución dogmática específica en la teoría del tipo<sup>142</sup>.

## 2. Imputación no accesoria

Como cabe esperar que haya quedado acreditado en un punto anterior del presente estudio<sup>143</sup>, la imputación de la actividad al ámbito de responsabilidad de la víctima no depende de la configuración fenomenológica de las aportaciones de ejecución material de víctima y autor *per se*. En este sentido, puede haber tanto supuestos de ejecución en manos del autor en los que en caso de daño éste se impute a la víctima, como supuestos en los que, a pesar de que es la víctima quien ejecuta directamente la actividad arriesgada, el hecho se presenta como conducta típica del autor<sup>144</sup>. En este sentido, una vez definida la actividad conjunta de autor y víctima, el suceso debe ser imputado, en principio, al ámbito de responsabilidad de la víctima.

---

<sup>142</sup> Cfr. *infra* § 9 I. B.

<sup>143</sup> Cfr. respecto de lo que sigue en el texto el análisis realizado *supra* § 6 II. C.

<sup>144</sup> Sobre estos últimos, en los que a pesar de la intervención fenomenológicamente preponderante de la víctima (aún sin concurrir una situación normativa especial) el hecho es obra del autor, cfr. *infra* § 10.



La razón de ello está en que la esfera de autonomía de la víctima da lugar a una atribución preferente de los posibles daños a su propio ámbito de responsabilidad<sup>145</sup>. En atención a ese carácter preferente del ámbito de responsabilidad de la víctima, la atribución de los daños no puede seguir las mismas reglas que determinan, mediante la teoría de autoría y participación, cuál es el grado de responsabilidad que corresponde a los distintos intervinientes en un hecho consistente en la realización de una infracción que afecta a un tercero. Una vez constatada que es la interacción existente entre autor y víctima a la que hay que reconducir -en los términos que aún han de precisarse más adelante- la actividad arriesgada, la organización conjunta no puede ser fragmentada en aportaciones de mayor o menor rango en atención a su relevancia en la ejecución. La distribución de las distintas aportaciones materiales a la ejecución de la actividad arriesgada, como puede ser, por ejemplo, la decisión de

---

<sup>145</sup> Por otra parte, es precisamente esta responsabilidad preferente de la víctima la que impide acoger la solución defendida por **Herzberg** (JA 1985, pp. 272 y ss.; cfr. también *idem*, *Täterschaft und Teilnahme*, pp. 74 y ss., respecto de la intervención en un suicidio), opuesta a la aquí propuesta. Pues **Herzberg**, partiendo también -al igual que aquí se ha hecho, *supra* § 6 II. de una crítica de la distinción apriorística entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro, llega a la conclusión de que siempre que haya una configuración de la colaboración entre víctima y autor que daría lugar a coautoría (de tratarse de la comisión de una infracción penal), puede imputarse al autor en cuanto (cuasi-)coautor. En efecto, esta aproximación fija su punto de vista de modo unilateral en la aportación del autor y no ofrece constestación a la cuestión de por qué razón no se imputa todo lo sucedido a la cuasi-autoría de la víctima (cfr. en este sentido, por todos, la crítica de **Otto**, FS Tröndle, p. 160). Desde la perspectiva aquí adoptada, la existencia del ámbito de responsabilidad preferente de la víctima es la que justifica, precisamente, la imputación a la víctima.

quién entre dos sujetos que han decidido participar en una competición de motocicletas<sup>146</sup> conduzca efectivamente la motocicleta (si es quien no conduce quien resulta lesionado y se presenta *ex post* como "víctima"), no modifica en nada la calidad de todo el suceso de ser una actuación conjunta dentro del ámbito de autoresponsabilidad de la víctima<sup>147</sup>. Pues en este ámbito no se trata de comprobar -como sucede en la distinción entre autoría y participación- la mayor o menor "proximidad" -determinada del modo que sea dentro de la teoría de la participación- de la conducta de distintos sujetos al comportamiento típico -acerca de cuya concurrencia, al menos respecto de uno de ellos, no hay duda-, sino de determinar si la conducta del "autor" puede ser típica. Si la interacción es reconducible al actuar imputable a la víctima, desde el punto de vista normativo el factor dominante es su conducta autoresponsable.

Desde esta perspectiva, no hay obstáculo alguno a afirmar la atipicidad -concurriendo, claro está, los demás requisitos de la "imputación a la víctima"- de la conducta del autor en supuestos en los que es éste el que lleva el peso absoluto de la

---

<sup>146</sup> En un "equipo" piloto-copiloto, como sucedió en el caso enjuiciado en la STS 23.12.1963 (JC 1542); vid. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 3.

<sup>147</sup> Por ello, no hay razón alguna para limitar el ámbito de responsabilidad -como ha propuesto de modo explícito y especialmente exhaustivo **Walther** (cfr., por ejemplo, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 80 y s.; vid. la exposición hecha *supra* § 6 B. 3. y C. 3.)- a lo ejecutado de propia mano.

ejecución. Así, tanto en el caso del barquero<sup>148</sup> como en los distintos casos del copiloto<sup>149</sup>, el caso del ciclomotor<sup>150</sup> o el caso del conductor ebrio<sup>151</sup>, la configuración concreta del reparto de tareas entre autor y víctima en la ejecución no impide *per se* que se impute el suceso a la víctima. Por consiguiente, tampoco es necesario diferenciar -especialmente en aquellos supuestos en los que ello resulta particularmente difícil<sup>152</sup>, como pueden ser los de transmisión de enfermedades por contacto sexual- cuándo la conducta del autor o la de la víctima resulta preponderante en el plano de la ejecución.

### 3. Imputación objetiva

Una vez definida la actividad conjunta en la que se embarca la víctima junto al autor, la imputación de esa actividad conjunta al ámbito de responsabilidad de la víctima -concurriendo, dicho sea de nuevo, los demás requisitos- se produce en términos objetivos. Que esto deba ser así viene deter-

---

<sup>148</sup> RGSt 72, pp. 172 y ss.; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 4.

<sup>149</sup> RG JW 1925, pp. 2251 y ss.; STS 23.12.1963 (JC 1542); Cfr. los supuestos de hecho en cuestión, respectivamente, *supra* § 1 II. B. 1. y 2.; en particular sobre el caso del copiloto (RG) desde la perspectiva de la definición de la actividad conjunta, cfr. *infra* 4. en el texto.

<sup>150</sup> MDR 1959, p. 856; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 5.

<sup>151</sup> OLG Karlsruhe, NJW 1967, pp. 2321 y ss.; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 3.

<sup>152</sup> Vid. *supra* § 6 II. C. 2.

minado no sólo por razones de índole general<sup>153</sup>, sino por un rasgo característico de las constelaciones en cuestión: la interacción entre autor y víctima. En efecto, en el presente ámbito el riesgo para los bienes es creado conjuntamente por autor y víctima. Desde esta perspectiva, no tiene sentido preguntar de modo aislado respecto de cada uno de ellos qué representación subjetiva debe tener el "autor" para poder ser autor, ni qué representación subjetiva cabe requerir de la "víctima" para que no se la considere víctima en sentido estricto -sujeto pasivo de un hecho delictivo-, sino responsable de sus pérdidas<sup>154</sup>. Pues el horizonte relevante para considerar hasta qué punto estas cuestiones merecen una respuesta afirmativa o negativa sólo puede hallarse en lo configurado conjuntamente. Dicho de otro modo, en ninguna de las dos direcciones (autor-víctima) la cuestión puede hacerse depender de la representación subjetiva de los intervinientes. Esto no significa, sin embargo, que la representación de víctima y autor carezca de relevancia a la hora de configurar el marco de la actuación conjunta. Esta, por el

---

<sup>153</sup> Cfr. *infra* § 9 I. B.

<sup>154</sup> Cabe esperar que esta última vertiente -referida a la representación de la víctima- haya quedado acreditada *supra* § 5 II., en el marco de la crítica desarrollada respecto de las distintas variantes del consentimiento como aproximación al problema; más allá de las razones de fondo allí esgrimidas, hay que recordar que cualquier aproximación que plantee exigencias de principio demasiado elevadas a los conocimientos de la víctima estará excluyendo un nutrido grupo de supuestos de conductas, en las que la víctima actúa de modo inconsciente, grupo que desde el punto de vista empírico es al menos tan numeroso como el de las conductas conscientes (como señala con razón W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 180 y s.)

contrario, quedará definida en la mayoría de las ocasiones incluyendo las perspectivas, las representaciones subjetivas de los intervinientes<sup>155</sup>. Lo que se quiere decir es que no pueden ser los datos subjetivos "desnudos", no introducidos en la actuación conjunta de autor y víctima, los que deban decidir una u otra calificación. Pues de acuerdo con la estructura interactiva de las constelaciones en cuestión, sólo de un modo relativo, introduciendo la perspectiva común de autor y víctima, puede llegarse a la calificación<sup>156</sup>.

Partiendo de esta perspectiva, puede haber incluso casos -como ha propuesto cierto sector doctrinal y se ha señalado ya antes<sup>157</sup>- en los que ni siquiera exista, en el lado de la víctima, conocimiento del riesgo al que se expone. Así, aunque en alguno de

---

<sup>155</sup> Cfr. las consideraciones realizadas supra § 5 II. C. 3.

<sup>156</sup> De modo coherente con lo acabado de decir, no podrá haber imputación a la víctima cuando el autor ni siquiera se mantenga dentro del ámbito de la actividad conjunta (cfr. sobre esto a continuación en el texto, 4.), o la configuración de la actividad conjunta haya sido manipulada por el autor de tal modo que ya no pueda hablarse siquiera de una organización conjunta, tratándose de una organización del autor que instrumentaliza a la víctima (cfr. sobre esto con mayor detenimiento infra § 10 II. B.).

<sup>157</sup> Cfr. sobre todo **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/129; **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 182 y s., 219 y ss.; también **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 86 y ss.; **Reyes Alvarado**, *Imputación objetiva*, pp. 167 y s.; vid. aquí la exposición supra § 5 II. C. 2. y 3.; respecto de los supuestos de contagio con SIDA, vid. también **Bruns**, NJW 1987, p. 2282; **Herzog/Nestler-Tremel**, StV 1987, p. 369; desde una perspectiva notablemente divergente de la aquí adoptada, pero coincidiendo en la posibilidad que se señala a continuación en el texto, cfr. también, por ejemplo, **P. Frisch**, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 116 y ss., 122 y ss.; **Maurach/Gössel/Zipf**, AT 2, pp. 121 y s..

los supuestos de entrega de estupefacientes<sup>158</sup> o en el caso del aguardiente<sup>159</sup> la víctima desconozca la posibilidad que el consumo de las respectivas sustancias pueda producir diversos daños -digamos, de momento, "normales": los que derivan de la organización conjunta- en su persona, el suceso debe imputarse de todos modos a su ámbito de responsabilidad. Pues las respectivas actividades no pueden ser interpretadas de ningún modo sin el riesgo de esos daños. Igualmente, si un sujeto mantiene relaciones sexuales con una persona cuyas circunstancias personales revelan un posible riesgo -supongamos que se trata de una persona dedicada a la prostitución-, y de ese contacto resulta el contagio de una enfermedad de transmisión sexual, es indiferente que la víctima conozca o no la condición de portadora de tal enfermedad de la otra, o siquiera la posibilidad de transmisión en el contacto sexual elegido. Pues la actividad conjunta realizada -contacto sexual con alguien que mantiene frecuentes relaciones sexuales con un gran número de personas- conlleva el riesgo de contagio de una enfermedad de transmisión sexual. Por el hecho de que en su peculiar mundo interno, la víctima "decida" desligar su conducta de esa posibilidad no se genera una conducta típica del otro sujeto. La conducta de la persona prostituida no es típica de un delito de lesiones o de homicidio; el suceso debe imputarse a la víctima<sup>160</sup>.

---

<sup>158</sup> Vid. sólo ente los casos de entrega de heroína resueltos por el TS y el BGH, STS 20.2.1993 (RA 1383), BGH NStZ 1984, pp. 452 y s.; cfr. los supuestos de hecho de estas resoluciones supra § 1 II. B. 2. y 4., respectivamente.

<sup>159</sup> GA 14 (1866), pp. 532 y ss.; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución supra § 1 II. A. 1.; aunque en este caso, muy probablemente, no sea necesario acudir a la imputación a la víctima, por concurrir ya -con carácter previo, desde el punto de vista sistemático- un supuesto de prohibición de regreso; vid. *infra* § 9 II. A. 2.

<sup>160</sup> Sobre esta problemática en lo que se refiere a los supuestos de desnivel de conocimientos, vid. con más detalle *infra* § 10 II. B. 3.; (continúa...)

Por otro lado, si se afirma que la organización conjunta es imputable a la víctima, el mero hecho de que el autor tenga una disposición psíquica determinada -con independencia de que pudiera dar lugar a la apreciación de dolo o de imprudencia- no puede variar la calificación de su conducta como atípica<sup>161</sup>. Es decir, en el caso del aguardiente acabado de citar es indiferente para esa determinación que el sujeto que ofrece el aguardiente desee la muerte del soldado (dolo), o que conociendo el riesgo de muerte que puede derivar de la ingestión del alcohol lo infravalore (imprudencia). Lo mismo cabe decir del supuesto de las relaciones sexuales con riesgo de transmisión: es indiferente que la persona prostituída, en el ejemplo antes propuesto, desee que todos sus clientes mueran, o que el bienestar de éstos le sea indiferente, o que ni siquiera haya prestado atención al hecho de que presenta signos evidentes de padecer la enfermedad en cuestión.

#### 4. Organización conjunta

Presupuesto y objeto de referencia de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima es que lo sucedido la actividad arriesgada que produce el daño- se corresponda con

---

<sup>160</sup>(...continuación)  
sobre otros problemas generales distintos de la relevancia de la conducta de la víctima que plantea la valoración jurídico-penal de los supuestos de transmisión de enfermedades, especialmente del SIDA, vid. *supra* las referencias § 6 II. C. 2. en nota.

<sup>161</sup> En este sentido se pronuncia, como es natural, aquel sector de la doctrina que se ha decidido en favor de ubicar -en el marco de diversas construcciones dogmáticas- la cuestión en el ámbito de la teoría de la imputación objetiva; cfr. por todos *Roxin*, AT I<sup>2</sup>, 11/85, 11/87, 11/103; vid. *infra* § 9 I. B.

la organización conjunta de autor y víctima. Esta organización conjunta no debe entenderse como una actividad compartida en la que de modo paralelo a la coautoría tanto el autor como la víctima aportan algún elemento de cierta importancia a la ejecución de la actividad. Por el contrario, las aportaciones de autor y víctima -conforme a lo expuesto antes en cuanto al carácter no accesorio de la "imputación a la víctima"- pueden ser de muy diverso peso. Pueden ir desde un mero acto comunicativo (tanto por parte de la víctima como del autor) -por ejemplo, pedir que el autor o que la víctima realice algo- hasta llevar a cabo directamente la actividad arriesgada. Tampoco es relevante per se en este ámbito, como también se ha expuesto antes, cuál sea la interpretación asignada en su fuero interno por autor o víctima al contexto de interacción. Lo importante es que la interacción entre víctima y autor crea un contexto común de un mismo significado objetivo. Este significado objetivo se determina conforme a patrones normativos: sólo aquellos aspectos de la organización son "conjuntos" que se presenten como un elemento inherente a la actividad elegida por la víctima, y ello como función de su autonomía. Sólo aquellos factores de riesgo que pueden entenderse como elemento inevitable de la actividad son asumidos en función de la autonomía de la víctima. De modo paralelo al principio de actos propios, nadie puede ser distanciado de los riesgos que implica la realización de la actividad que pone en riesgo sus bienes sin resultar contradictorio y poner en duda, precisa-



mente, su autoresponsabilidad. El criterio decisivo está, por tanto, en determinar hasta qué punto el contacto social en cuestión puede ser definido de modo unilateral por la víctima como inocuo y a partir de qué momento la organización conjunta abandona esa esfera y adquiere una definición objetiva propia que no depende del arbitrio de los intervinientes<sup>162</sup>.

En este sentido, quien participa de una competición irregular de motocicletas, no puede reclamar que los riesgos por él asumidos sean atribuidos -con la consiguiente relevancia jurídico-penal- a quien interviene junto a él sin proclamar al mismo tiempo que no está habilitado para decidir participar en ese tipo de actividades<sup>163</sup>, es decir, sin cuestionar su calidad de sujeto responsable. Pues no puede existir garantía normativa alguna que exprese que quien realice tal conducta no sufrirá daño alguno.

La noción de organización conjunta, sin embargo, no tiene ningún tinte versarista (en lo que se re-

---

<sup>162</sup> Vid. desde otro punto de vista sistemático en este sentido **Jakobs**, *AT*<sup>2</sup>, 7/126.

<sup>163</sup> Evidentemente, el sujeto "no está habilitado" en la medida en que la realización de la actividad en cuestión esté prohibida, o incluso reprimida por el ordenamiento penal, como puede suceder en este caso en lo que se refiere a la realización de un delito contra la seguridad en el tráfico. Pero como también parece claro, de lo que se trata ahora es de la cuestión de la valoración de la conducta del tercero en cuanto a los bienes del sujeto que interviene junto a él, que es independiente de la de la comisión de una infracción de peligro.

fiere a la víctima)<sup>164</sup>. En este sentido, no da lugar a una organización conjunta cualquier intervención con relevancia causal de la víctima. Cuando alguien (A) facilita de algún modo a una persona ebria (B) la conducción de un automóvil y le acompaña en el trayecto<sup>165</sup>, produciéndose una lesión en A debida al estado de ebriedad de B, posiblemente el daño deba ser imputado a A. Pues el contexto "acompañar a un conductor ebrio" conlleva (determinados) riesgos de sufrir una lesión corporal<sup>166</sup>. Pero si A facilita la conducción a B y emprende su camino a pie, siendo atropellado posteriormente por B, que se cruza en su trayecto, e igualmente a consecuencia del estado de ebriedad, parece evidente que el daño sufrido no puede atribuirse a A: el contexto "facilitar a una persona ebria un automóvil" no implica como organización conjunta el riesgo de atropello<sup>167</sup>.

Menos aún supone una organización conjunta -aunque sea evidente desde la perspectiva aquí defendida, conviene subrayarlo- la mera realización de una actividad que implique meros riesgos estadísticos de sufrir una lesión, por muy altos que éstos sean o aunque la posibilidad de la lesión haya sido concretamente prevista por el sujeto que resulta lesionado. Quien pasea por un bosque en el que sabe que hay muchos cazadores furtivos que no son demasiado cuidadosos en el uso de sus armas de

<sup>164</sup> Cfr. sobre esto en el contexto de la discusión -sobre todo, político-criminal- desarrollada en relación con la víctimodogmática, supra § 7 II. B. 3. a)

<sup>165</sup> Cfr. el caso del conductor ebrio, OLG Karlsruhe, NJW 1967, pp. 2321 y ss.; vid. el supuesto de hecho de la resolución supra § 1 II. B. 3.

<sup>166</sup> En este sentido también -aunque desde una perspectiva sistemática distinta (consentimiento) **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/127, si bien excluyendo esa definición de la actividad cuando se trate de un transporte público.

<sup>167</sup> Ejemplo propuesto -desde otra perspectiva: consentimiento- por **Hillenkamp**, JuS 1977, pp. 169 y s.

fuego, no organiza conjuntamente con éstos una actividad que conlleve el riesgo de muerte por un disparo descuidado. La mujer que sabiéndose atractiva acepta una invitación de un hombre que tiene fama de violento, no organiza conjuntamente con éste una actividad que implique el riesgo de algún tipo de ataque contra su libertad sexual. Pues en estos casos -aunque la víctima prevea la posible lesión-, el potencial lesivo que comportan las distintas actividades no puede ser atribuido a la conducta de la víctima: ésta queda distanciada de aquel, pues desde el punto de vista normativo, las conductas en cuestión no implican la asunción del riesgo en cuestión. De lo contrario, "...cualquier interviniente podría abusar del contacto social, mientras ello sea previsible"<sup>168</sup> En este sentido, la facilidad o dificultad de posibles medidas de autoprotección carece de relevancia para la determinación de la existencia de una organización conjunta<sup>169</sup>.

En suma: cuando la actividad generadora del riesgo no responda a la organización conjunta, las posibles lesiones no podrán ser imputadas al ámbito de responsabilidad de la víctima.

---

<sup>168</sup> Vid. desde una perspectiva sistemática distinta -"consentimiento no final" (cfr. *supra* § 5 II. B. 2.)- **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/126.

<sup>169</sup> Cfr *supra* § 7 II. B. 3.

### a) Extralimitación de la organización conjunta

De modo particular, esto puede suceder, en primer lugar, cuando la conducta del autor introduce un elemento adicional a los factores de riesgo presentes en el contexto común, o cuando la situación de hecho contiene de algún otro modo un factor de riesgo que no pertenece a la organización conjunta<sup>170</sup>. En tal caso, posiblemente el suceso deba ser imputado como conducta típica al autor<sup>171</sup>, o a nadie -entonces, se tratará de un accidente-, pero en todo caso no es imputable a la víctima.

---

<sup>170</sup> Esta condición negativa para una eventual exoneración del autor también aparece, por supuesto, en otras aproximaciones dogmáticas a la cuestión: así, las distintas propuestas que parten de la institución del consentimiento (vid. *supra* § 5) afirman que en estos supuestos no concurre el elemento intelectual del consentimiento; es decir, que o bien el daño no deriva de aquel riesgo en el que se consintió (cfr. sólo **Hansen**, *Einwilligung*, p. 78; **Dach**, *Einwilligung*, pp. 85 y s.; **Berdugo Gómez de la Torre**, *El delito de lesiones*, p. 83; **Casas Barquero**, *El consentimiento*, pp. 44 y s. con nota 33; **Riz**, *Il consenso dell'avente diritto*, pp. 236, 238), o que el riesgo no se encuentra suficientemente concretado en estos supuestos (cfr. **Hansen**, op. cit., pp. 78 y s.; **Riz**, op. cit., *ibidem*). En la misma dirección van las exigencias, planteadas desde otras perspectivas, de que sea el riesgo asumido el que se realice y no otro (cfr. sólo **Roxin**, FS Gallas, p. 252), o que "por lo demás", es decir, aparte del riesgo asumido, la conducta del autor sea "cuidadosa" (cfr. sólo **Otto**, FS Tröndle, p. 171; **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 242; así también la argumentación del RG en el caso del barquero [vid. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 4.], RGSt 57. p. 174, o la afirmación del BGH en BGHSt 36, p. 17 [caso del SIDA, cfr. el supuesto de hecho *supra* § 1 II. B. 10.]. que el autor no haya vulnerado "deberes de cuidado en otro aspecto"), o que la "imprudencia en exceso" por parte del autor (**Schünemann**, JA 1975, p. 723), el "exceso en el lado del autor" (**Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 21/79) o la existencia de un "riesgo no permitido adicional" producido por el autor además del riesgo asumido por la víctima (**NK-Puppe**, n.m. 182 previo a los §§ 13 y ss.) o un "nuevo riesgo distinto" (**Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, p. 553) es un obstáculo para exonerarlo.

<sup>171</sup> Cfr. sobre esta posibilidad *infra* § 10 II. B.

En este sentido, en el caso del copiloto del RG<sup>172</sup>, muy posiblemente podría afirmarse<sup>173</sup> que el copiloto organizó conjuntamente con el conductor la actividad de un trayecto en motocicleta con un conductor inexperto y a una velocidad excesiva. Pero parece deducirse que no había organización conjunta de una actividad que contuviera esos elementos y además el de la falta de funcionamiento de los frenos del vehículo -factor que incidió en el accidente-, como sucedió de hecho.

El aspecto de la falta de organización conjunta es también el elemento que el TS consideró decisivo, con razón, a la hora de resolver el caso de la botella<sup>174</sup>. En efecto, el autor introdujo un elemento adicional al ejecutar la actividad arriesgada de modo contrario al acordado: "...En los hechos probados es indudable que el procesado disparó 'en el instante en que aquél (la víctima) efectuaba un movimiento con el cuerpo para limpiarse algo de vino que le había caído encima'. Al disparar de esta manera el recurrente introdujo, sin previo aviso del momento de la acción un factor elevador del riesgo..."<sup>175</sup>.

---

<sup>172</sup> RG JW 1925, pp. 2251 y ss.; cfr. el supuesto de hecho de la resolución supra § 1 II. B. 1.

<sup>173</sup> En favor de esta suposición hablan diversas constataciones realizadas en los hechos probados de la sentencia, como que no era la primera excursión que el copiloto-víctima emprendía con el conductor-autor -un indicio de que conocía su estilo de conducción-, que el copiloto conocía el hecho de que el conductor no tenía permiso, o que en la ocasión concreta en la que se produjo el suceso lesivo, durante todo el considerable trayecto anterior al accidente el copiloto no hizo indicación alguna en contra del estilo de conducción del autor; cfr. RG JW 1925, p. 2251.

<sup>174</sup> STS 17 7.1990 (RA 6728); cfr. el supuesto de hecho supra § 1 II. B. 8.

<sup>175</sup> Destaca este aspecto con razón **Mir Puig** en su comentario a la sentencia (ADPCP 1991, p. 264), señalando que concurre un "fallo en la ejecución" por parte del autor "que la desvía de la propuesta inicial de la víctima".

**b) Deberes de cuidado en la organización conjunta**

En segundo lugar, tampoco podrá imputarse el daño al ámbito de responsabilidad de la víctima cuando la organización conjunta entre autor y víctima contenga un reparto de tareas que implique -de modo unilateral o bilateral- cometidos de control de ciertos elementos de riesgo y sea precisamente uno de esos elementos los que generen el riesgo que se concreta en la lesión de la víctima<sup>176</sup>. En este sentido, pueden existir "deberes de cuidado" por un comportamiento ajeno<sup>177</sup> por la configuración de la interacción entre víctima y autor, aunque -de no existir esa configuración- esos deberes de cuidado, en principio, corresponderían al ámbito de responsabilidad de la víctima<sup>178</sup>. Sin esto -sin este reparto de tareas en cuyo cumplimiento la víctima puede confiar- desaparecería la posibilidad de establecer una cooperación en múltiples sectores vitales en los que se realizan actividades arriesgadas<sup>179</sup>.

---

<sup>176</sup> También existen sectores en los que las funciones "tuitivas" respecto de los bienes de la víctima son atribuidas al autor -por distintas razones- por el ordenamiento (cfr. *infra* § 9 I. C.); de lo que se trata ahora, sin embargo, es de los supuestos en los que las funciones de control derivan de la configuración de la interacción entre víctima y autor.

<sup>177</sup> Así *S/S<sup>24</sup>-Lenckner*, n.m. 101a previo al § 13.

<sup>178</sup> Así, si bien desde una perspectiva más general, no limitada a la víctima, *Schumann*, *Selbstverantwortung*, p. 113.

<sup>179</sup> *Derksen*, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 228 y s.

La definición de la actividad conjunta incluyendo elementos de aseguramiento respecto de los bienes de la víctima requiere -para que pueda resultar relevante en el juicio de imputación- que se haya producido un efectivo comienzo de la actividad conjunta. En este sentido, por ejemplo, el hecho de que exista una obligación jurídico-civil de realizar la actividad junto con sus elementos de protección o cuidado frente a la víctima no implica aún que el ámbito de organización de la víctima quede descargado<sup>180</sup>: que el autor se haya comprometido a preparar la pista -eliminando posibles obstáculos peligrosos- por la que ambos, víctima y autor, van a efectuar un descenso esquiendo, no implica que responda el autor si finalmente éste no ha realizado la tarea a él encomendada y así se lo comunica a la víctima, que a pesar de todo decide bajar. Por otra parte, debe tratarse de una asunción que tenga una mínima apariencia de practicabilidad<sup>181</sup>: en este sentido, en el caso del conductor ebrio<sup>182</sup>, la mera aseveración por parte del autor de que "iría con cuidado" o que respecto de su persona, el alcohol no influye en absoluto en sus facultades para conducir un automóvil, o alguna otra manifestación similar, no bastaría para eliminar

---

<sup>180</sup> Cfr **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 194 y s.

<sup>181</sup> Cfr., desde una perspectiva más general, **Schumann**, *Selbstverantwortung*, p. 115.

<sup>182</sup> OLG Karlsruhe, NJW 1967, pp. 2321 y ss.; vid. el supuesto de hecho *supra* § 1 II. B. 3.

la organización conjunta del riesgo<sup>183</sup>. La posibilidad de que el ámbito de responsabilidad de la víctima quede descargado, por tanto, opera de modo similar a como lo hace en el lado del autor -por cierto, también respecto de la conducta de la víctima<sup>184</sup>- el así llamado principio de confianza<sup>185</sup>.

Este elemento de la definición de la organización conjunta, aparte de eliminar la posibilidad de que el daño sea imputado al ámbito de responsabilidad de la víctima, como se acaba de ver, puede<sup>186</sup> constituir también la base de una posición de garantía en un posterior delito de comisión por omisión -frente a la víctima- por parte del autor<sup>187</sup>. Por otra parte, puede conllevar que la conducta del autor resulte típica respecto de los bienes de terceros<sup>188</sup>. La razón de ello está en que la modificación del ámbito de organización y de responsabilidad que esta especial configuración de la interacción conlleva rige de modo general.

---

<sup>183</sup> Otra cuestión distinta -a ubicar en los supuestos de extralimitación de la organización conjunta- sería que aparte de los defectos de conducción reconducibles al estado de embriaguez del autor, éste circule, por ejemplo, a una velocidad desmedida, etc.

<sup>184</sup> Cfr. aquí *infra* § 9 II. A. 1. d)

<sup>185</sup> En este sentido, es similar -en lo que se refiere a esta cuestión- la aproximación de **Zaczyk** (*Selbstverantwortung*, pp. 53 y ss., 56 y s.) quien considera que en ciertos supuestos es decisivo si la víctima podía o no confiar en que el autor neutralizara el riesgo.

<sup>186</sup> Aunque no siempre será así (como señala **Schumann**, *Selbstverantwortung*, p. 114), si falta algún elemento propio de estos delitos.

<sup>187</sup> Cuestión que ha sido abordada en la dogmática de la omisión bajo el rótulo de la "comunidad de peligro", de "asunción de una función de protección" (cfr. sólo **Mir Puig**, *PG*<sup>4</sup>, 12/48 y ss.) o de la "confianza específica" (cfr. sólo **Jakobs**, *AT*<sup>2</sup>, 29/71).

<sup>188</sup> Cfr. **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 196.



En suma: la delimitación de los ámbitos de responsabilidad de autor y víctima puede verse influida por la configuración concreta de la actividad conjunta. Pues cuando ésta implique la asunción de una función especial de control de riesgos frente a los bienes de la víctima, ello modifica los contornos del ámbito de responsabilidad de ésta.

Como parece claro desde la perspectiva aquí adoptada, el mero hecho de realizar una actividad arriesgada en régimen de división de tareas no implica de ningún modo la existencia de deberes de cuidado en el sentido antes expuesto. En este sentido, en los diversos casos de competición de motocicletas, quien lleva su vehículo en primera posición y es perseguido por su competidor, no tiene un especial deber de cuidado en el sentido de facilitar al otro el adelantamiento cumpliendo las reglas existentes en materia de circulación<sup>189</sup>: la actividad conjunta consiste precisamente en la realización de una competición en la que no se respetan esas reglas.

En todo caso, la determinación de cuándo existe una configuración de la actividad concreta que implique la asunción de deberes de cuidado respecto de los bienes de la víctima puede resultar difícil en el caso concreto, pues se trata de interpretar en términos objetivos la interacción entre víctima y autor:

No plantean dudas aquellos supuestos en los que la actividad precisamente se define como dirigida por

---

<sup>189</sup> En contra de lo sostenido por **Jakobs** (ZStW 89 [1977], p. 34, nota 80) respecto del caso BGHSt 7, pp. 112 y ss. (cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 7.). Esto, como es claro, con independencia de que la conducta llevada a cabo suponga la realización de un delito contra la seguridad en el tráfico.

uno de los intervinientes, que tiene un mayor dominio del medio peligroso. Así, por ejemplo, no puede atribuirse el daño al ámbito de responsabilidad de la víctima -siendo evitable el mismo para el autor- cuando se trata de un riesgo en cuyo manejo precisamente el autor debe formar a la víctima: por ejemplo, cuando la víctima no se ha sujetado de modo adecuado a la embarcación de vela que tripula, el instructor responderá -presupuestos los demás requisitos- del daño que la víctima se produzca si cae al agua; no cabe, en este caso, imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima<sup>190</sup>. También hay sectores en los que aún sin una situación de superioridad motivada por una relación de formación formalizada en un contrato, la actividad conjunta queda definida de tal modo que incluye deberes de cuidado mutuos, como puede suceder, por ejemplo, en el caso de una expedición alpina<sup>191</sup>, donde los usos del montañismo establecen tal configuración de la actividad<sup>192</sup>. En este sentido, puede afirmarse que cualquiera entre los miembros de tal expedición debe informar a sus compañeros de riesgos que amenacen los bienes de éstos: por ejemplo, elementos del equipo en mal

---

<sup>190</sup> El ejemplo es propuesto en términos similares por **Muñoz Conde**, ADPCP 1987, p. 312 con nota 16.

<sup>191</sup> Cfr. sólo, desde la perspectiva de la omisión, **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 29/71, **Mir Puig**, PG<sup>2</sup>, 12/48.

<sup>192</sup> Muy interesante al respecto la sentencia del Tribunal Superior del Cantón suizo de Berna de 16.12.1943, reproducida en SchwJZ 41 (1945), pp. 42 y ss. En el caso enjuiciado, el acusado, un veterano alpinista, había emprendido una expedición alpina con una amiga sin experiencia en tales expediciones. Al atravesar un glaciar, para lo cual los dos sujetos no se habían asegurado mediante una cuerda -lo que en opinión unánime de los expertos es una medida de seguridad elemental en ese terreno-, la mujer perdió pie y cayó por la ladera del glaciar, muriendo pocos instantes después. A pesar de la inexistencia de un contrato jurídico-civil, la diferencia en cuanto a la experiencia y la asunción fáctica de la dirección de la expedición por parte del acusado son, en opinión del Tribunal, razones suficientes para imputar al acusado un delito de homicidio imprudente (en comisión por omisión).

estado, lugares que presentan un peligro especial, etc.

Sin embargo, también en estos sectores, en los que puede afirmarse la existencia de deberes de protección a cargo de uno o varios de los participantes en la actividad, es necesario comprobar cuidadosamente el alcance de estas funciones. En primer lugar, como parece claro, los deberes de cuidado en cuestión no se extienden a la neutralización de riesgos que derivan -sin posibilidad de control una vez generados- de la asunción imputable del conjunto de la actividad arriesgada. En este sentido, partiendo de que en el caso de los esquiadores<sup>193</sup> efectivamente existieran deberes de cuidado mutuos, habría que afirmar que cada uno de los intervinientes estaba obligado, por ejemplo, a prevenir a cualquiera de sus compañeros de un riesgo concreto que lo amenazara: por ejemplo, a advertir a cualquiera de los intervinientes cuando éste se dirigiera de modo inadvertido a una zona con rocas. Sin embargo, es dudoso que al director del rodaje le correspondiera -como afirma el BG suizo en su sentencia<sup>194</sup>- una función preferente de alertar a los esquiadores acerca del posible riesgo de avalanchas, ya que este riesgo -que todos debían conocer, dada la configuración del supuesto<sup>195</sup>- era consustancial a la actividad -e incontrolable-, una vez iniciada ésta. En segundo lugar, los deberes de cuidado en cuestión no pueden abarcar factores de riesgo cuyo control queda plenamente asumido -sin posibilidad de intervención por parte del autor- por la víctima. Así, en

---

<sup>193</sup> BGE 91 IV, pp. 117 y ss.; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 12.

<sup>194</sup> BGE 91 IV, p. 124.

<sup>195</sup> Todos los intervinientes eran esquiadores muy expertos -seguramente en mayor grado que el director-; todos los intervinientes debieron ver u oír las indicaciones de peligro.

el caso del tratamiento de desintoxicación<sup>196</sup>, parece evidente que el médico asume deberes de cuidado frente a los pacientes en muy variadas direcciones (por ejemplo, de informar a los pacientes acerca de posibles efectos secundarios de los medicamentos, acerca de actividades incompatibles con el tratamiento, etc.): en eso consiste precisamente la relación de tratamiento entre médico y paciente. Pero también parece claro<sup>197</sup> que la realización de la medicación conforme a las indicaciones recibidas por el médico entra de lleno en la esfera de la víctima, de modo que no pueden extenderse hasta este punto los deberes de cuidado del médico<sup>198</sup>.

## B. Contexto sistemático

Corresponde ahora indagar cuál es el contexto sistemático dentro de la teoría del delito en el que debe enmarcarse la institución de la "imputación a la víctima", tal y como ha sido delineada en sus rasgos esenciales en el punto anterior. Para ello, en primer lugar, se exponen las razones que

---

<sup>196</sup> BGH JR 1979, p. 429; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución supra § 1 II. A. 6.

<sup>197</sup> Partiendo de la base de que en el supuesto concreto los pacientes presentarán un estado psíquico que no eliminara su responsabilidad (sobre esta cuestión, cfr. *infra* § 10 II. A.); en este sentido -falta de responsabilidad- respecto de este caso, por ejemplo, **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/90; **LK<sup>11</sup>-Schroeder**, § 16 n.m. 183; **Hirsch**, JR 1979, pp. 432 y s.; **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 197, nota 157; **Reyes Alvarado**, *Imputación objetiva*, p. 181.

<sup>198</sup> En este mismo sentido, por ejemplo, **S/S-Cramer**, § 15 n.m. 215, **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 29/70 con nota 141; **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/90; *idem*, NSTZ 1984, p. 412; **Hirsch**, JR 1979, p. 429; **Herzberg**, JA 1985, pp. 271 y s.; **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 197.

desde la perspectiva aquí defendida aconsejan, en un plano general, seguir a aquel sector de la doctrina que ha optado por ubicar la problemática en el plano de la tipicidad objetiva (*infra* 1.). A continuación se expresa el sector dentro de la teoría del tipo al que debe adscribirse la "imputación a la víctima": la imputación del comportamiento, el primer nivel de la teoría de la imputación objetiva. Finalmente, también se intenta mostrar que las constelaciones de casos abarcadas por la imputación a la víctima -en el sentido antes expresado- presentan características específicas de la intervención de la víctima que conducen a la necesidad de concebir la imputación a la víctima como institución autónoma dentro de la teoría del tipo (*infra* 2.).

## 1. Teoría del tipo e imputación a la víctima

### a) Introducción

Como se ha expuesto en un punto anterior del presente estudio<sup>199</sup>, puede afirmarse que la evolución dogmática de la teoría del tipo en los últimos tiempos -sobre todo bajo la denominación "teoría de la imputación objetiva"- se ha desarrollado bajo el signo de una normativización<sup>200</sup> de sus con-

---

<sup>199</sup> Cfr. *supra* § 3 I.

<sup>200</sup> Cfr. **Jakobs**, *Handlungsbegriff*, p. 12; **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, p. 34.

tenidos. Especialmente en el ámbito de los delitos de resultado, cabe observar un proceso de "reblandecimiento" de los contenidos "petrificados" en anteriores fases de desarrollo dogmático, particularmente, de los conceptos de causalidad y evitabilidad<sup>201</sup>. Como también se ha señalado<sup>202</sup>, esta evolución puede reconducirse, en términos generales, a dos fuentes: por un lado, a la necesidad de encontrar mecanismos racionales de atribución de resultados lesivos; por otro, a la necesidad de establecer -de modo desligado de la cuestión del resultado- ámbitos de responsabilidad dentro de la interacción social. Parece claro que esta tendencia implica una concepción de la norma jurídico-penal permeable a la realidad social: sólo cuando la conducta del autor deba ser interpretada, en términos objetivos, como infractora de la norma de conducta jurídico-penal, podrá afirmarse que existe un comportamiento objetivamente típico<sup>203</sup>.

Pues bien, parece que es en este contexto en el que debe integrarse en el plano sistemático, o, dicho de otro modo, "traducir" en "tesis dogmáticas"<sup>204</sup> el principio de autores-

---

<sup>201</sup> Cfr. **Jakobs**, ZStW 89 (1977), p. 3.

<sup>202</sup> Cfr. *supra* § 3 II. D. 2.

<sup>203</sup> Cfr. la exposición *supra* § 3 II. y, por todos, desde distintas perspectivas, **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/4; **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 10/55 (si bien limitando la cuestión en cuanto problema de la Parte General a los delitos de resultado); **Mir Puig**, PG<sup>4</sup>, 10/60 y ss.

<sup>204</sup> La expresión -con análogo sentido, pero partiendo de las consideraciones victimológicas- es de **Silva Sánchez**, en: CGPJ (ed.), *Victimología*, pp. 32 y s.

ponsabilidad: de este modo, su correlato dogmático, la "imputación a la víctima" antes perfilada, puede insertarse en la teoría de la imputación objetiva. Pues la concepción de la norma que subyace a la teoría de la imputación objetiva, con su apertura hacia la dimensión social de la conducta típica -y a diferencia de un entendimiento centrado de modo estático sólo en la relación entre norma y autor<sup>205</sup> o de una concepción vinculada exclusivamente en la lesión fáctica de bienes jurídicos<sup>206</sup>- es la que permite introducir el ámbito de responsabilidad de la víctima en la determinación de la tipicidad de la conducta del autor: la explicación del suceso lesivo como consecuencia de una determinada configuración autónoma de la víctima es uno de los factores normativos que constituyen la delimitación de ámbitos de responsabilidad en la tipicidad objetiva. De este modo, la "imputación a la víctima" eliminaría la imputación objetiva, pues la adscripción al ámbito de responsabilidad de la víctima, en cuanto proceso normativo, puede tender un puente entre las conductas aisladas de autor y víctima<sup>207</sup>: el sentido objetivo co-

---

<sup>205</sup> Como ha expuesto con especial claridad **Neumann**, en: **Hassemer** (ed.), *Strafrechtspolitik*, pp. 234 y ss., 239 y ss.; cfr. también **Silva Sánchez**, en: **Beristain/de la Cuesta** (ed.), *Victimología*, p. 79; **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, pp. 2 y s.

<sup>206</sup> **Neumann**, en: **Hassemer** (ed.), *Strafrechtspolitik*, pp. 234 y ss., 239 y ss.; cfr. también **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 156 y ss.

<sup>207</sup> Cfr. en esta línea **Neumann**, en **Hassemer** (ed.), *Strafrechtspolitik*, pp. 240 y s.; vid. también en sentido similar **Jakobs**, *Schuld und Prävention*, p. 23; **idem**, *ZStW* 89 (1977), p. 22, nota 70; **idem**, *ZStW* 107 (1995), p. 860; **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 191 (si bien sin conectar la cuestión con la teoría de la imputación objetiva).

mún creado por víctima y autor en su interacción, mediante su "organización conjunta", al ser imputado al ámbito de responsabilidad de la "víctima" -que, por lo tanto, no es tal- impide que la aportación del autor pueda tener significado delictivo. Y esta eliminación de la imputación al autor se produce -todo lo dicho, en el ámbito de la "imputación a la víctima"- porque realmente se atribuye, se imputa el contexto de interacción a quien es responsable preferente, no tutorizado, de su configuración vital: la configuración vital que es asunto suyo en cuanto ejercicio de autonomía y que no puede ser asunto de otro cuando se trata de atribuir los costes-lesiones de esa configuración. Es en este sentido que puede decirse que la imputación a la víctima es una concreción del (genérico) principio de autoresponsabilidad (preferente) que aquí se ha tomado como punto de partida<sup>208</sup>.

#### b) ¿Atenuación?

Algún sector de la doctrina ha propuesto, en cambio, distinguir -partiendo de consideraciones vertidas en relación con el ámbito del conflicto entre vida y libertad<sup>209</sup>- también en el sector no tabuizado entre el bien jurídico afectado "en

---

<sup>208</sup> Cfr. *supra* § 8 II. C.

<sup>209</sup> Cfr. *supra* § 2 II.



sí" y el ejercicio de autodeterminación por el titular<sup>210</sup>, de modo que cuando la pérdida del bien se deba al ejercicio de autodeterminación, habría que "restar" esa falta de lesión y disminuir la pena correspondiente a la cuantía que corresponda a la lesión del bien jurídico "en sí" (por vía de una atenuante analógica). La posición de este sector queda explicada con claridad en la sentencia del TS en el caso de la botella<sup>211</sup>:

"Sin embargo, a pesar de que el consentimiento no disminuya en sí mismo la gravedad de la imprudencia ni afecte a la causalidad, no es de excluir una atenuación de la ilicitud cuando el delito en cuestión protege bienes jurídicos plurales, y entre estos bienes aparece uno, respecto del cual el consentimiento puede ser eficaz. Esta situación se presenta, sin duda, en el caso de homicidio culposo, toda vez que la norma no sólo protege la vida, sino también la autodeterminación del titular de la misma. Desde este punto de vista no tiene la misma relevancia jurídico-penal que el autor haya obrado contra o sin la conformidad de la víctima o lo haya hecho sobre la base del consentimiento de ésta. En la última alternativa si bien es claro que se ha vulnerado plenamente el bien jurídico vida, no lo es menos que la autodeterminación de la víctima, como consecuencia del consentimiento, no se ha visto lesionada y ello determina una ate-

---

<sup>210</sup> Cfr. **Bacigalupo**, *Estudios PE*<sup>2</sup>, pp. 27 y ss. (desde una perspectiva general), y pp. 107 y ss. (de modo específico para el ámbito de conflicto entre vida y autodeterminación); cfr. también -claramente respecto del ámbito que aquí interesa- **Eschweiler**, *Selbstgefährdung*, pp. 60 y ss.

<sup>211</sup> STS 17.7.1990 (RA 6728), de la que fue ponente el propio **Bacigalupo**; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 8.

nuación necesaria de lo ilícito del hecho que se debe reflejar en la pena sobre la base del art. 9.10 C. P. [CP 1973, correspondiente al actual art. 21.6ª CP]".

Con independencia de la validez de estas consideraciones para la cuestión de la incriminación de conductas de intervención en una autolesión, es decir, para el ámbito de las normas especiales<sup>212</sup>, cabe formular alguna objeción a este punto de vista como criterio en el sistema general de imputación. En primer lugar, en lo que se refiere al caso concreto enjuiciado, estas consideraciones resultan difícilmente conciliables con las reflexiones del TS en relación con una posible exclusión de la responsabilidad del autor -siguiendo la construcción propuesta por Roxin<sup>213</sup> por equivalencia de la "heteropuesta en peligro" con una "autopuesta en peligro"- (equivalencia que el TS rechaza, como se ha visto<sup>214</sup>, con razón, por el "fallo de ejecución" del autor en relación con la organización conjunta). Pues no queda claro cómo el ejercicio de autonomía de la víctima -para el TS: el consentimiento en la actividad arriesgada- sí puede servir para la atenuación, pero carece de relevancia a efectos de la equiparación, cuando lo cierto es que el fallo en la ejecución -y más aún desde la perspectiva, al menos nomi-

---

<sup>212</sup> Cfr. *supra* § 2 II.

<sup>213</sup> Cfr. *supra* § 6 I. A. y § 6 II. C. 1.

<sup>214</sup> Cfr. *supra* § 9 I. A. 4. a).

nal, del "consentimiento" utilizada por el TS- precisamente no está abarcado por lo asumido por la víctima. Pero la objeción de fondo que cabe plantear a esta aproximación desde la perspectiva aquí defendida es otra: en aquellos casos en los que pueda atribuirse lo sucedido al ámbito de responsabilidad de la víctima -cuando haya "imputación a la víctima" en los términos antes expuestos-, el carácter preferente de ese ámbito de responsabilidad priva a la conducta del autor de su tipicidad objetiva. Desde la perspectiva de la imputación, no tiene sentido escindir idealmente la "autodeterminación" del sustrato material del bien protegido en cuestión. Cuando efectivamente el suceso responda al ejercicio de autonomía del titular -siempre, claro está, a salvo de las normas especiales que limitan tal autonomía-, no puede haber un suceso relevante a efectos de imputación al autor.

### c) ¿Deberes de autoprotección?

Por otro lado, puede plantearse alguna duda acerca de cómo es posible sintetizar las características de la "imputación a la víctima" antes delineada en el marco normativo de la teoría del tipo. Pues desde la perspectiva del autor, es evidente que el desarrollo de los mecanismos de imputación objetiva constituyen -dicho de modo sintético- una especificación de la norma jurídico-penal en cuestión. De manera paralela, algunos autores han propuesto hablar de la infrac-

ción de "deberes de autoprotección" por parte de la víctima como referente para determinación de la adscripción del suceso a la víctima<sup>215</sup>. Y puede considerarse que en cierto modo llevan implícita la idea de una infracción de deberes por parte de la víctima las aproximaciones que se refieren a la "imprudencia" de la víctima<sup>216</sup>. Sin embargo, ¿cuál puede ser la "norma" que "infringe" la víctima para que le pueda ser imputado el suceso? Pues parece claro que "la víctima no realiza ninguna infracción, puesto que ninguna norma penal..." tipifica su conducta<sup>217</sup>. En efecto, para la introducción de la figura de la víctima en el sistema de imputación jurídico-penal no debe perderse de vista que en el marco del ordenamiento penal no se trata de imponer una responsabilidad al titular del bien. Por el contrario, en el hori

---

<sup>215</sup> En la doctrina alemana, sobre todo haciendo uso de un término de la dogmática jurídico-civil (*Obliegenheiten*) que designa los estándares de cuidado del perjudicado en el Derecho de daños y que puede traducirse de modo genérico como "deber", "obligación" o "incumbencia", y, en el contexto de la conducta de la víctima ("*Obliegenheiten zum Selbstschutz*"), como "deber de autoprotección". Cfr., desde distintas perspectivas, P. Frisch, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 119 y ss.; R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit*, pp. 34 y ss.; Ebert, JZ 1983, p. 636; Jakobs, *La imputación objetiva*, pp. 110, 174; *idem*, "La organización de autolesión y heterolesión", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*, V.

<sup>216</sup> Como hace implícitamente la doctrina de la "concurrency de **culpas**" del TS; cfr. *supra* § 4 I. B. 1. d); vid. también, por ejemplo, Kitzinger, JW 1920, p. 922, o Torío López, LH Fernández Albor, pp. 709, 721, quienes hablan de "imprudencia" de la víctima. En alguna ocasión, el TS llega a referirse al "deber de cuidado" de la víctima: "...han de resolverse en una mitigación o atenuación del reproche, valorando, como ya destacó la S. de 13 febrero 1970, el alcance de los factores causales, morales y materiales para ponderarlos axiológicamente en su medida o magnitud, **de acuerdo con los respectivos deberes objetivos de cuidado infringidos** para llegar a conocer la coincidencia cualitativa o cuantitativa, rebajando la importancia de la contribución causal del agente..." (STS 6.5.1980 [RA 1810], sin subrayado en el original)

<sup>217</sup> Mir Puig, ADPCP 1991, p. 261.

zonte del sistema de imputación está en todo caso la afirmación o exclusión de la responsabilidad -desde la perspectiva aquí defendida: la afirmación o exclusión de la tipicidad objetiva- del autor<sup>218</sup>. Entonces, el único contenido que razonablemente puede corresponder -aún desde la perspectiva interna de las propuestas de quienes utilizan esa terminología- a los "deberes de autoprotección"<sup>219</sup> es el de resumir sintéticamente los presupuestos -con independencia de cómo éstos hayan sido configurados en la concreta propuesta dogmática- bajo los cuales la interacción entre víctima y autor resulta imputable al ámbito de responsabilidad de la víctima<sup>220</sup>. Desde la perspectiva aquí adoptada: los presupuestos bajo los cuales la interacción entre víctima y autor, como se ha dicho antes, se presenta, en atención a la concurrencia de una organización conjunta, como asunto de la víctima. No se trata, por tanto, de la existencia de "deberes" para la víctima<sup>221</sup>. Precisamente de lo que se trata es de hacer

---

<sup>218</sup> Desde otra perspectiva -a la hora de determinar el grado de responsabilidad de la víctima (cfr. *infra* § 10 II. A.) se pronuncian en este sentido W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 162 y ss., 225; Walther, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 97, 105.

<sup>219</sup> A menos que se entre ya en el ámbito de verdaderas sanciones a la víctima, cfr. *supra* § 7 I. B. 2., cosa en la que no piensan quienes hacen uso de esta terminología.

<sup>220</sup> Por ello, parece que queda demasiado en la superficie la crítica de Donatsch (ZStrR 105 [1988], p. 166 y ss.) a la idea de "deberes de autoprotección" cuando la conecta inmediatamente con un -inexistente-deber a seguir viviendo y su infracción con la condena a la pérdida de protección jurídica (*Verwirkung*); cfr. también sobre esto último en el contexto de la discusión victimodogmática *supra* § 7 I. B. 1. y B. 3. b).

<sup>221</sup> Como ha señalado Silva Sánchez, LH Beristain, p. 641; *idem*, en: CGPJ (ed.), *La Victimología*, p. 30.

valer en la imputación jurídico-penal el carácter autónomo de la conducta de la víctima. Parece preferible, entonces, renunciar también a esa terminología<sup>222</sup>.

#### d) Conclusión

En suma: la conducta de la víctima puede constituir un factor normativo en la delimitación de esferas de responsabilidad en el marco del tipo objetivo. En particular, cuando en virtud de la conducta de la víctima el suceso pueda atribuirse al ámbito de responsabilidad preferente de ésta en los términos de lo que antes se ha propuesto denominar "imputación a la víctima", el comportamiento del autor no será objetivamente imputable.

Ciertamente, esta ubicación sistemática aún no indica cómo debe articularse en concreto la inclusión de la "imputación a la víctima" en la teoría de la imputación objetiva, ni cuáles son las relaciones sistemáticas de esta institución con otros sectores de la teoría de la imputación objetiva en los que también puede resultar relevante de algún modo la conducta de la víctima<sup>223</sup>. Pero las consideraciones acabadas

---

<sup>222</sup> De todos modos, la utilización en lengua alemana de dos términos diferenciados (*Pflicht-deber*; *Obliegenheit*) atenúa el inconveniente terminológico.

<sup>223</sup> Sobre estas dos cuestiones, cfr. a continuación en el texto, respectivamente, *infra* 2. y 3.

de realizar indican que es acertada la opción de aquel sector doctrinal, cada vez más amplio, que considera -desde posturas muy diversas en su configuración concreta- que el problema debe ubicarse en la teoría del tipo objetivo<sup>224</sup>.

## 2. La posición de la imputación a la víctima en la teoría de la imputación objetiva

### a) Imputación del comportamiento

De lo antes expuesto se deduce fácilmente que desde la perspectiva aquí adoptada, la "imputación a la víctima" debe configurarse como una institución dogmática incluida en el primer nivel de la imputación objetiva: la imputación del

---

<sup>224</sup> Cabe citar en este sentido, por ejemplo, las aproximaciones de **Roxin**, que en su propuesta distingue entre "autopuesta" y "heteropuesta en peligro" (cfr. sólo **Roxin**, FS Honig, pp. 142 y s.; sobre todo *idem*, FS Gallas, pp. 245 y ss.; *idem*, AT I<sup>2</sup>, 11/86 y ss.; vid. también, por ejemplo, las aportaciones, en la misma línea, de **Rudolphi** (SK, n.m. 79 y ss. previos al § 1) o **Schünemann** (JA 1975, pp. 720 y ss.; *idem*, NSTZ 1982, pp. 62 y s.); en el presente estudio, vid. sobre la posición del sector encabezado por **Roxin** en este ámbito supra § 6 I.); **Otto**, para quien se trata de un problema de "interrupción del nexo de imputación" (cfr. sólo **Otto**, FS Maurach, pp. 99 y s.; *idem*, JuS 1984, p. 540; *idem*, FS Tröndle, pp. 169 y ss.); **Jakobs**, quien sostiene -al menos respecto de algunos casos- que el hecho de que la víctima "actúe a su propio riesgo" excluye la imputación objetiva (cfr. sólo **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/129 y s.; *idem*, *La imputación objetiva*, pp. 109 y ss. y sobre el planteamiento de **Jakobs** en este punto, supra § 5 II. B. 2.) o **W. Frisch**, para quien se trata, partiendo de un punto de vista algo divergente, de una cuestión perteneciente a la determinación de la tipicidad del comportamiento del autor (cfr. sólo **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 148 y ss.). Respecto de las líneas jurisprudenciales del TS y del BGH, que empiezan a seguir hasta cierto punto esta tendencia, en lo que se refiere a la ubicación sistemática, cfr. en el presente estudio supra § 4 I. B. 1. e) y § 6 I. C.

comportamiento<sup>225</sup> o de la conducta<sup>226</sup>. En efecto, si el suceso realizado de modo conjunto es atribuido al ámbito de responsabilidad de la víctima, no puede ser típica la conducta del autor<sup>227</sup>.

Antes de examinar en concreto cómo ha de integrarse desde la perspectiva aquí adoptada la "imputación a la víctima" en la imputación del comportamiento, parece conveniente detenerse en la posición defendida por el sector doctrinal encabezado por **Roxin**. Como se ha señalado<sup>228</sup>, **Roxin** propone un tratamiento de la cuestión -mediante su construcción de la distinción entre participación en una autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro consentida<sup>229</sup>- en un tercer escalón de la teoría de la imputación objetiva<sup>230</sup>, tal y como ha si-

---

<sup>225</sup> Término utilizado por **Jakobs**, *La imputación objetiva*, pp. 89 y ss.

<sup>226</sup> Término utilizado por **Mir Puig**, *PG*<sup>4</sup>, 10/48 y ss.

<sup>227</sup> Coinciden materialmente en esta ubicación sistemática, por ejemplo, **AK-Zielinski**, §§ 15, 16 n.m. 104; **NK-Puppe**, n.m. 164 previo al § 13 (ambos respecto del delito imprudente); **Jakobs**, *AT*<sup>2</sup>, 7/129; *idem*, *La imputación objetiva*, pp. 109 y ss.; **W. Frisch**, *Tatbestandsmässiges Verhalten*, pp. 76 y s., 148 y ss., 156 y ss., 182 y ss.; **Bustos Ramírez**, *EPCr XII* (1989), pp. 125 y ss.; **Eschweiler**, *Selbstgefährdung*, pp. 18 y ss.; **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 365 y ss. (respecto del delito imprudente).

<sup>228</sup> Cfr. *supra* § 6 I. A. y B.

<sup>229</sup> Cfr. la valoración crítica de esta diferenciación expuesta *supra* § 6 II. C.

<sup>230</sup> Posterior a las categorías de análisis de la "creación de un riesgo no permitido" (cfr. **Roxin**, *AT I*<sup>2</sup>, 11/43 y ss.) y de la "realización del riesgo no permitido" (cfr. **Roxin**, *AT I*<sup>2</sup>, 11/59 y ss.); vid. también **SK-Rudolphi**, n.m. 80 y s. previos al § 1; **Wolter**, *Zurechnung*, pp. 341 y ss.



do configurada esta teoría, en su última versión, por este autor<sup>231</sup>. Este tercer escalón, denominado ahora "alcance del tipo"<sup>232</sup>, se refiere a determinados supuestos en los que a pesar de concurrir la realización de un riesgo no permitido, la "...imputación aún puede fracasar porque el alcance del tipo, el fin de protección de la norma típica... no abarca resultados de las características que muestra el [resultado] que se ha producido, porque el tipo no está destinado a evitar tales sucesos."<sup>233</sup>

Frente a esta ubicación sistemática, se ha argumentado que de este modo se está cambiando indebidamente de lugar sistemático el problema, ya que se estaría introduciendo en un marco dogmático posterior a la imputación del resultado un factor que pertenece a la constatación (previa) de la tipicidad de la conducta<sup>234</sup>. Como cabe deducir de lo expuesto

---

<sup>231</sup> Vid. en el presente estudio las referencias *supra* § 3 II. A.

<sup>232</sup> Mientras que en un principio se denominaba (ámbito del) fin de protección de la norma (jurídico-penal); cfr. sobre esto **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/71, nota 103, y *supra* § 3 II. A.

<sup>233</sup> **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/85.

<sup>234</sup> Respecto del ámbito que aquí interesa, cfr. sólo, desde distintas premisas sistemáticas, **Bustos Ramírez**, EPCr XII (1989), pp. 125 y ss.; **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 90, 126, 145 y *passim*; **W. Frisch**, NStZ 1992, p. 5.

Desde una perspectiva general, ello viene a coincidir con las reflexiones en parecida dirección formuladas, desde distintos puntos de vista, por ejemplo, por **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 23 y ss., 33 y ss., 66 (cfr. sobre el punto de vista general de **Frisch** *supra* § 3 II. B. 1.), o con la crítica desarrollada por en la doctrina española por **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 365 y ss.: "...con esta ulterior limitación de la imputación objetiva realmen-  
(continúa...)

hasta ahora, también desde el punto de vista aquí sostenido, el sector de constelaciones de casos abarcado por la "imputación a la víctima" pertenece a la definición de la tipicidad de la conducta del autor. En este sentido, y siguiendo a quienes han criticado la propuesta de ubicación de **Roxin**, no parece tener sentido proceder al análisis previo de la creación y realización en el resultado de un riesgo no permitido, si, en última instancia, puede llegarse a la conclusión que la conducta del autor no es típica. A pesar de ello, la opción sistemática elegida por **Roxin** y quienes han adoptado su propuesta encierra -como se expondrá a continuación- implícitamente una valoración que, desde el punto de vista aquí sostenido, es acertada: la separación de la cuestión de la intervención de la víctima de lo que parece su "medio" natural (el primer nivel de la imputación objetiva o "creación de un riesgo no permitido") puede explicarse por la especificidad normativa de la cuestión.

---

<sup>24</sup>(...continuación)

te lo que se está negando o afirmando es su presupuesto: la creación de un riesgo típicamente relevante" (p. 366); cfr. también **Luzón Peña**, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: *idem*: *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>, pp. 108 y s.: "...se está sobrecargando indebidamente el ámbito de la imputación objetiva del resultado con problemas que pueden y deben resolverse en otro lugar distinto dentro de la estructura del tipo..." (como se ha indicado en un momento anterior [cfr. *supra* § 6 II. B. 2.], **Luzón Peña** ha propuesto encontrar la solución al problema de la intervención de la víctima -en el sector que ahora interesa- en el ámbito de la determinación de la autoría).

**b) Especificidad**

Como se ha señalado en un momento anterior<sup>235</sup>, la teoría de la imputación objetiva puede concebirse -en lo que se refiere a su primer nivel, la imputación del comportamiento- como una serie de instituciones dogmáticas cuyo orden de análisis viene determinado por una progresiva incorporación de elementos de contexto y cuya función, en última instancia, es la de delimitar ámbitos de responsabilidad. En este sentido, sólo si una conducta, tras ser sometida sucesivamente a estos distintos filtros, debe ser atribuida al ámbito de responsabilidad del autor, podrá afirmarse su carácter típico. Partiendo de este entendimiento, resulta sencillo llegar a la conclusión que la institución propuesta de la "imputación a la víctima" -tal y como ha sido esbozada en las páginas anteriores- introduce en esa construcción dogmática un dato -la responsabilidad preferente del titular del bien jurídico- adicional sobre otros mecanismos de distribución de responsabilidad que son más genéricos.

En efecto, la "imputación a la víctima" no sólo debe ser diferenciada de la imputación de resultados, sino que aún dentro del primer nivel de la imputación objetiva -la constatación de la tipicidad de la conducta- debe ser distinguida de otras instituciones. En este sentido, el factor norma-

---

<sup>235</sup> Cfr. *supra* § 3 II. D. 2.

tivo de la autoresponsabilidad de la víctima añade un dato adicional y diferencial al juicio de imputación. Cabe observar que existe esta relación con base en el hecho de que muchos de los supuestos en los que se plantea la cuestión de la relevancia de la conducta de la víctima constituyen de modo evidente conductas que en principio -de no concurrir la conducta, precisamente, de la víctima- estarían sin duda alguna dentro del ámbito típico: si, por ejemplo, en el caso de la competición de motocicletas<sup>236</sup>, en el de la entrega de heroína<sup>237</sup> o en el de la botella<sup>238</sup> se hubiera visto afectado un tercero no interviniente en la interacción o un sujeto no responsable, nadie dudaría de que las correspondientes conductas deberían ser consideradas típicas<sup>239</sup>.

---

<sup>236</sup> BGHSt 7, pp. 112 y ss.; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 6.

<sup>237</sup> STS 20.2.1993 (RA 1383); cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. A. 3.

<sup>238</sup> STS 17.7.1990 (RA 6728); cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 8.

<sup>239</sup> Como denota, por ejemplo, el TS al afirmar en la sentencia del caso de la botella que el autor ha "...causado el resultado infringiendo el deber de cuidado", a pesar de lo cual el TS examina si la intervención de la víctima puede exonerar al autor. Parece claro que esto significa, como se sostiene en el texto, que en un sentido genérico la conducta del autor es típica, infringe el deber de cuidado, y que la cuestión de la intervención de la víctima es introducida en la valoración en un momento posterior y puede, a pesar de ello, conllevar la exclusión de la tipicidad del comportamiento del autor (como el TS de hecho se plantea como posibilidad, que excluye en atención al fallo en la ejecución del autor)· de modo paralelo a lo que sucede en el modelo de **Roxin**, con la diferencia de que en éste la atribución a la víctima -por vía de la construcción de la autopuesta o heteropuesta en peligro- se produce después de la constatación de la tipicidad de la conducta en sentido estricto y de la imputación del resultado.

Algunas aproximaciones a la problemática no reconocen, sin embargo, este carácter específico a la conducta de la víctima<sup>240</sup>, si bien puede decirse que la mayoría de los autores reservan -aunque sea tácitamente o por vía de una organización del material en distintos topoi- un marco autónomo a la cuestión<sup>241</sup>.

Lo cierto es, sin embargo, que el hecho de que la conducta que "en principio" es típica (en relación con terceros, por ejemplo), no lo sea finalmente cuando se trata de una contribución de la víctima, se explica por el hecho de que -en palabras de **Puppe**- hay casos en los que la intervención del autor en un emprendimiento en el que se ponen en peligro los bienes de la víctima "precisamente es impune **porque el otro interviniente es idéntico con el titular del bien jurídi-**

---

<sup>240</sup> Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la ubicación de la cuestión en el ámbito de la participación, **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 344 y ss. "Estos supuestos no son más que un grupo particular de una problemática más amplia: la de **la contribución o provocación imprudente de la conducta dolosa de otra persona**" (p. 344; subrayado en el original; vid., sin embargo, **eadem**, op. cit., pp. 352, 355, en el que materialmente se reconoce la especificidad al invocar el principio de autonomía de la víctima); en sentido similar -ubicando la cuestión como supuesto perteneciente al ámbito de la cointervención- en Alemania, por ejemplo, *S/S<sup>24</sup>-Lenckner*, n.m. 101 previo al § 13; *S/S<sup>24</sup>-Cramer*, § 15 n.m. 155 y ss.; **Schumann**, *Selbstverantwortung*, pp. 107 y ss., 110 y s. De modo equivalente -en lo que se refiere a la falta de especificidad- está construida también, por ejemplo, la aproximación de **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 148 y ss., quien no establece una institución propia relativa a la conducta de la víctima, sino quiere reconducir los problemas en cuestión a la categoría general de la tipicidad.

<sup>241</sup> Cfr. sólo **Roxin**, *AT I<sup>2</sup>*, 11/86 y ss.; **Jakobs**, *AT<sup>2</sup>*, 7/129 y s.; más decidido -en la línea aquí propuesta- **idem**, *La imputación objetiva*, pp. 109 y ss.

co..."<sup>242</sup>: es así como se concreta en el plano dogmático la existencia de un ámbito de responsabilidad preferente del titular de un bien jurídico<sup>243</sup>.

Frente a esta posición, podría argumentarse que, en primer lugar, no resulta conveniente desde el punto de vista de la construcción dogmática fragmentar el primer nivel de la imputación objetiva mediante la introducción de una nueva subcategoría, o, en segundo lugar, que no existe, en última instancia, diferencia entre la apreciación de un supuesto de imputación a la víctima o la afirmación de la concurrencia de un riesgo permitido o típicamente irrelevante, ya que en todo caso se llegará a la conclusión de que no existe imputación objetiva del comportamiento. Sin embargo, la especial posición de la víctima en relación con sus bienes y la valoración de la interacción entre autor y víctima a la que esa especial posición obliga -en los términos que se ha venido exponiendo- conducen a que los criterios materiales para decidir los casos en cuestión sean distintos a los que corresponden a otras instituciones de la teoría de la imputación objetiva. En efecto, la determinación de si la conducta del autor se halla cubierta por un riesgo permitido, o de si concurre un caso en el que la conducta del autor debe ser desvinculada de un suceso lesivo posterior (prohibición de

---

<sup>242</sup> NK-Puppe, n.m. 175 previo a los §§ 13 y ss.

<sup>243</sup> Cfr. *supra* § 8 II. C. 1. b).

regreso), etc., se llevará a cabo conforme a criterios centrados en la perspectiva del autor, aunque en el caso concreto intervenga la víctima de algún modo en el suceso. Si, por ejemplo, un sujeto -en un caso de riesgo permitido, como se verá más adelante<sup>244</sup>- conduce con su vehículo de modo correcto por una vía que es invadida repentinamente por la víctima, la valoración se producirá en atención a si la conducta del autor se mantuvo dentro del marco del riesgo permitido, al igual que si la víctima no hubiera tenido intervención alguna en el suceso o ni siquiera existe víctima como víctima de lesiones personales, por ejemplo, en un supuesto en el que se producen unos daños. Si se trata, sin embargo, de un supuesto de interacción entre víctima y autor, de un caso en el que debe examinarse si puede producirse imputación a la víctima -con la correspondiente falta de imputación del comportamiento al autor-, la perspectiva a adoptar -como se ha intentado mostrar al delinear la "imputación a la víctima"- debe superar la perspectiva unilateral del autor para situarse en el plano superior de la interacción entre víctima y autor. Y si se aplican criterios materiales distintos, parece conveniente distinguir: *qui bene distinguet, bene iudicat*. Más allá de lo acabado de decir, también parece claro que la relación que debe mantener la institución dogmática de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima con otras instituciones dogmáticas

---

<sup>244</sup> Vid. *infra* § 9 II. B. 1. c).

dentro del primer nivel de la imputación objetiva es de especialidad. En efecto, si se concibe la teoría de la imputación objetiva como un análisis en el que, como antes se ha dicho, se van introduciendo progresivamente determinados elementos del contexto, parece claro que la introducción de la figura de la víctima, por su especificidad, debe ser posterior a otras instituciones de carácter más general.

La "imputación a la víctima", por lo tanto, debe configurarse desde el punto de vista sistemático como una institución dogmática específica respecto de otros criterios de imputación. A a un esbozo del funcionamiento de estas otras instituciones dogmáticas en relación con la conducta de la víctima se dedica, como ya se ha indicado al principio, el apartado II. de esta sección. Antes, sin embargo, -como también se ha adelantado- es necesario hacer brevemente referencia a ciertos sectores normativos en los que no pueden regir las pautas generales de delimitación de ámbitos de responsabilidad por corresponder al autor un específico deber de tutela respecto de los bienes de la víctima.



### C. Excurso: autoresponsabilidad y situaciones especiales de garantía

#### 1. Introducción

En las páginas anteriores se han delineado los elementos básicos del tratamiento dogmático de aquellos supuestos en los que la actividad arriesgada debe ser atribuida al ámbito de responsabilidad que corresponde a la víctima en cuanto titular autónomo de sus propios bienes. En cierto modo, por lo tanto, se trata de las reglas generales que deben regir en el sistema de imputación, sistema orientado en atención a las relaciones entre sujetos iguales en cuanto personas autoresponsables.

Existen ámbitos, sin embargo, en los que a pesar de concurrir varios sujetos autoresponsables en una actividad arriesgada, el ordenamiento del sector en cuestión establece -por distintas razones, como se verá- reglas especiales conforme a las cuales a uno de esos sujetos corresponde una especial obligación de tutela frente a los demás intervinientes en esa actividad, especial obligación que da lugar a lo que aquí se va a denominar -en paralelo a la terminología usada en el ámbito de la teoría de la comisión por omisión- una "posición de garantía". Esta posición de garantía, como acaba de decirse, deriva de una situación normativa especial. En este sentido, no se trata ahora de lo que pueden

llamarse los "límites inmanentes" de la imputación a la víctima, es decir, aquellos límites que derivan de la estructura misma de la institución de la imputación a la víctima, algunos de los cuales ya se han mencionado al hilo de la formulación positiva antes propuesta de esta institución<sup>245</sup> y que en relación con algunos sectores serán objeto de un tratamiento específico en un momento posterior<sup>246</sup>. Por el contrario, se trata de supuestos en los que una razón normativa específica desplaza al principio de autoresponsabilidad y sus consecuencias dogmáticas.

En lo que sigue, se harán algunas reflexiones acerca de distintos grupos de casos en los que existe la posición de garantía a la que antes se aludía. De modo paralelo a la teoría de las posiciones de garantía en el ámbito de la comisión por omisión, estas situaciones especiales pueden agruparse en dos sectores: por un lado, las posiciones de garantía en las que el ordenamiento establece la relación de tutela a cargo del autor en virtud de una determinada organización de la actividad arriesgada protagonizada por el autor (*infra* 2.). En segundo lugar, aquellas posiciones de garantía en las que la razón del tratamiento especial está en un determinado vínculo estrecho entre autor y víctima, en virtud del cual se establece una función de protección del au-

---

<sup>245</sup> Cfr. *supra* sobre todo § 9 I. A. 4. a) y b).

<sup>246</sup> En lo que se refiere a los defectos de responsabilidad y a los defectos cognitivos; vid. *infra* § 10 II. A. y B.

tor frente a los bienes de la víctima (*infra* 3.). Finalmente, en tercer lugar -y más allá de los dos grupos acabados de enunciar- se hará una breve alusión al pensamiento de la injerencia, pues si bien esta cuestión queda fuera del ámbito de estudio del presente trabajo -circunscrito a los delitos de comisión-, sí parece que en el marco de las presentes reflexiones puede obtenerse algún punto de partida para el tratamiento de una omisión del autor-interviniente posterior a una conducta imputable al ámbito de responsabilidad de la víctima.

## 2. Posiciones de garantía en virtud de organización

Existen determinados ámbitos de relación en los que la organización conjunta de una actividad generadora de riesgos es llevada a cabo bajo la dirección de uno de los sujetos intervinientes y en interés de éste. En estos sectores, el ordenamiento puede atribuir ciertas funciones de tutela a ese sujeto frente a determinadas puestas en peligro de otros.

Un ejemplo paradigmático de estas situaciones lo ofrece el ámbito de las relaciones laborales<sup>247</sup>. En este contexto, co-

---

<sup>247</sup> Cfr. sobre esto últimamente por todos **Lascuraín Sánchez**, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, pp. 263 y ss., 331 y ss., 397 y s.

mo dice **Lascuraín Sánchez**, el problema "se debate entre la huida del paternalismo y el reconocimiento de las especificidades de la posición subordinada del trabajador en la empresa"<sup>248</sup>. Sintéticamente cabe decir que el ordenamiento ha atribuido la organización de la actividad productiva al empresario. Como correlato de las facultades de dirección que a éste le corresponden -y, seguramente, teniendo en cuenta las desiguales posiciones de fuerza que tienen empleador y empleado<sup>249</sup>-, el ordenamiento impone en este ámbito al empresario o responsable de la actividad (productiva) generadora de riesgos la función de velar por el cumplimiento de las reglas de seguridad en el trabajo, y ello con independencia, hasta cierto punto, de las posibles conductas generadoras de riesgo de los propios trabajadores<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, p. 266.

<sup>249</sup> Vid. **Lascuraín Sánchez**, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, p. 332.

<sup>250</sup> Cfr. en este sentido sólo **Jakobs**, *AT*<sup>2</sup>, 29/54; **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 225 y s.; **Calderón Cerezo**, en: CGPJ (ed.): *La imprudencia*, p. 47; **Vázquez Honrubia**, en: **Díez Ripollés**/CGPJ (ed.), *Delitos contra la vida*, pp. 205 y s.; **Lascuraín Sánchez**, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, pp. 332 y s.

Vid. en la jurisprudencia reciente del TS, igualmente en esta línea, la argumentación en la STS 18.1.1995 (RA 136): por la caída de un montacargas desde una novena planta al suelo durante la construcción de un edificio se produjeron las muertes de tres personas y lesiones muy graves de otras dos, todas ellas trabajadoras de la obra, que utilizaban habitualmente dicho montacargas para subir y bajar entre los distintos pisos, percance ocasionado por la rotura de una soldadura en mal estado al pulsarse el mecanismo eléctrico de puesta en marcha, cuando sólo estaba permitido usar tal máquina para llevar materiales.

Al analizar el recurso del aparejador de la obra, que había sido condenado, el TS argumenta como sigue: "Para negar su autoría respecto de tal delito el aparejador se funda en el tan repetido hecho que aparece como probado en la resolución recurrida, la mencionada prohibición del uso  
(continúa...)

Este tipo de situaciones pueden darse también en otros sectores de actividad. En este sentido, por ejemplo, muchas de las normas que rigen la organización de determinados espectáculos públicos -por ejemplo, la organización de un rally automovilístico, o un encierro e toros, etc. imponen a los organizadores determinadas medidas de seguridad que sólo adquieren sentido como medidas destinadas a evitar o neutralizar conductas del público de carácter de autopuesta en peligro.

Cuando se trata de un sector en el que existen este tipo de obligaciones de control de posibles conductas de las propias potenciales víctimas, queda limitada la aplicación de las reglas generales de reparto de ámbitos de responsabilidad; una conducta de la víctima que en otras circunstancias hubiera conducido a la imputación de la actividad arriesgada a

---

<sup>250</sup> (. . .continuación)

del montacargas por parte de personas. Pretende exculparse por la referida prohibición que efectivamente realizó por escrito en el Libro de Ordenes el 19 de julio de 1987, es decir, dos meses y cuatro días antes de la fecha del siniestro que ocurrió el 23 de septiembre del mismo año, como si con tal prohibición quedara agotada la diligencia que al respecto le era exigible al aparejador. Como bien dice la sentencia recurrida éste tenía que haberse preocupado de comprobar si tal orden se cumplía. Claro es que su incumplimiento, tolerando a ciencia y paciencia el uso indebido del montacargas por parte de los trabajadores cuando sólo estaba permitido usarlo para acarrear materiales, constituye una imprudencia en el grado de temeraria... teniendo [el aparejador] el derecho y la obligación de «cumplir personalmente y hacer cumplir al personal a sus órdenes» lo dispuesto en las normas sobre seguridad en el trabajo... No le bastaba al aparejador para excluir su responsabilidad la mencionada orden escrita al constructor, tenía el deber ineludible de velar porque tal orden fuera cumplida, pues, en su calidad de tal, estaba facultado para imponer dicho cumplimiento del modo que necesario fuera, incluso paralizando la obra. Pero se limitó a dar tal orden sin volver a ocuparse de la cuestión. "

su ámbito de responsabilidad puede generar un comportamiento típico del sujeto obligado.

Como es lógico, la peculiaridad de estos sectores no queda limitada al ámbito exclusivo de la imputación a la víctima, sino que afecta igualmente a otros niveles de análisis menos específicos y situados en un plano sistemático previo al de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. En este sentido, es evidente que las reglas especiales a las que se está aludiendo modifican los contornos de lo que puede considerarse un riesgo permitido, y, muy especialmente -en el mismo contexto del riesgo permitido, como se verá-, derogan el funcionamiento general del principio de confianza<sup>251</sup>.

Sin embargo, la existencia de esas reglas especiales no excluye de modo absoluto la existencia de supuestos en los que la actividad arriesgada deba ser imputada al ámbito de responsabilidad de la víctima, o, formulándolo desde la perspectiva del autor, no implica una extensión absoluta de esos deberes de tutela. En efecto, la obligación, por ejemplo, del empresario de velar por el cumplimiento de las normas sobre seguridad en el trabajo debe terminar en el momento en el que se trata de una conducta del trabajador que elige de modo deliberado la configuración de la actividad generadora de riesgo. Con independencia de que el empresario pueda tener la obligación de hacer cumplir la normativa de seguri-

---

<sup>251</sup> Vid. sólo **Lascuraín Sánchez**, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, pp. 397 y s.

dad, y pueda afirmarse su responsabilidad en los casos -antes aludidos- en los que hay una dejación de las medidas de seguridad por parte de los trabajadores, ello no puede conducir a que se establezca un deber de vigilancia -bajo pena de responder por los daños que puedan generarse- respecto de cualquier conducta temeraria de los trabajadores. Y ello no sólo porque tratándose de conductas de autopuesta en peligro deliberadas, no existe en el plano empírico posibilidad de evitación, sino porque las obligaciones de tutela deben encontrar sus límites, a su vez, en el principio de autoresponsabilidad<sup>252</sup>.

Dicho con un ejemplo: tiene sentido que se establezca la obligación del empresario a la hora de velar porque todos los empleados de una obra lleven casco, o que se instalen las redes de seguridad necesarias en un edificio en construcción, o que se instalen vallas en el recorrido de una competición de automóviles. También tiene sentido que se establezca la obligación de arbitrar mecanismos de control para que ningún empleado olvide el casco o colocar las redes, o que ningún espectador supere las vallas, o, en su caso, que la situación que se aparte de los estándares de seguridad vuelva a ser restablecida. Pero lo que ninguna de esas obligaciones puede pretender es evitar que el albañil que se niega tajantemente a ponerse el casco se lo quite en un momento de descuido del jefe de obra, que los confrades que prefieren tener la vista diáfana sobre la ciudad desde el edificio en

---

<sup>252</sup> Vid. en este sentido **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 29/54; una posición más restrictiva defiende **Lascuraín Sánchez**, *La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, pp. 333, nota 101.

el que están trabajando retiren la red de seguridad, o que un espectador aproveche un descuido del personal de seguridad de la prueba de rally para saltar la valla.

### 3. ¿Posiciones de garantía por funciones de protección?

Como es conocido por la teoría de la comisión por omisión, existen también situaciones en las que el ordenamiento establece una obligación de solidaridad entre distintos sujetos -que en el ámbito de la comisión por omisión, precisamente, constituye la base de una responsabilidad equiparada a la comisión activa por la no evitación de un resultado lesivo<sup>253</sup>-. ¿Qué relevancia debe corresponder a estas posiciones de garantía en relación con la imputación a la víctima? Téngase en cuenta que de lo que se trata ahora es de aquellas relaciones de garantía que existen entre personas responsables<sup>254</sup>. En principio, parece que la concurrencia de una posición de garantía no puede constituir una razón para derogar las reglas generales de imputación. Pues este tipo de posiciones de garantía, como señala, por ejemplo, **Roxin**<sup>255</sup>, están dirigidas a la protección frente a heterolesiones, y

---

<sup>253</sup> Vid. sólo **Mir Puig**, *PG*<sup>4</sup>, 12/44 y ss.

<sup>254</sup> Respecto de los supuestos en los que concurre una inferioridad constitucional (por ejemplo, los padres respecto de sus hijos de corta edad), vid. las reglas generales *infra* § 10 II. A. en relación con los defectos de responsabilidad.

<sup>255</sup> *LK*<sup>11</sup>, § 25 n.m. 116.



no pretenden proteger a un sujeto autoresponsable frente a su propia conducta arriesgada<sup>256</sup>.



#### 4. ¿Responsabilidad por injerencia?

En este contexto merece también una breve mención -a pesar de estar fuera del objeto de estudio del presente trabajo- la cuestión de una eventual responsabilidad en comisión por omisión de aquel sujeto que ha intervenido en una actividad generadora de riesgo junto a una víctima que actuaba de modo autoresponsable (de modo que la actividad inicial resulta imputable al ámbito de responsabilidad de ésta en los términos antes expuestos), cuando, en un momento posterior a esa primera organización conjunta, ésta queda en una situación de riesgo.

Así, por ejemplo, en el caso de la competición de motocicletas<sup>257</sup>, por ejemplo, podría pensarse en atribuir responsabilidad en comisión por omisión por la muerte de su competidor al interviniente en la carrera que abandona a su contrincante malherido después de sufrir éste una caída. Pues -desde la perspectiva del ordenamiento español- parece que no hay

---

<sup>256</sup> Respecto de la omisión en sentido análogo **Freund**, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, pp. 268 y ss.

<sup>257</sup> Vid. BGHSt 7, pp. 112 y ss.; STS 25.9.1986 (JP 1149); cfr. los supuestos de hecho de estas resoluciones *supra* § 1 II. B. 6. y 7., respectivamente.

obstáculo literal para considerar que en este caso el omite ha "creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente" (art. 11, párrafo 2° b) CP). De hecho, es ésta la postura que adoptó el BGH en el caso de la entrega de heroína<sup>258</sup>: si bien la entrega (activa) de la sustancia estupefaciente cuyo consumo condujo a la muerte de la víctima sólo es, en su opinión, constitutiva de una participación impune en una autopuesta en peligro<sup>259</sup>, desde su perspectiva cabe imputar la muerte al sujeto por la omisión de procurar la correspondiente asistencia médica una vez que la víctima perdió el conocimiento. Contra esta posición jurisprudencial<sup>260</sup> se ha argumentado en la doctrina que supone una inadmisibile extensión del ámbito de la tipicidad<sup>261</sup>. En particular, se ha afirmado en este sentido que con el establecimiento de la

---

<sup>258</sup> BGH NStZ 1984, pp. 452 y s.; vid. *supra* § 1 II. A. 4. el supuesto de hecho de esta resolución.

<sup>259</sup> Vid. *supra* § 6.

<sup>260</sup> Por lo demás, próxima a la problemática que presenta el ordenamiento alemán en materia de suicidio: así, un garante de protección supuesto respecto del cual suele plantearse el problema- puede lícitamente prestar auxilio activo para la realización del suicidio -siempre que no lleve a cabo la ejecución, vid. § 216 StGB y *supra* § 2 II. y § 6 II. A. , pero en aplicación de la postura del BGH, se activa su posición de garantía en el momento en el que el suicida pierde el conocimiento (en contra, la opinión mayoritaria de la doctrina; vid. sólo S/S<sup>24</sup>-Eser, n.m. 41 previo al § 211; Roxin, NStZ 1984, p. 411; Hirsch, JR 1979, p. 429; Eschweiler, *Selbstgefährdung*, pp. 134 y s.; Walther, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 205 y ss., 207; con el BGH, por el contrario, Herzberg, JA 1985, p. 277

<sup>261</sup> Vid. sólo LK<sup>11</sup>-Roxin, § 25 n.m. 116; Jakobs, AT<sup>2</sup>, 29/56, nota 113; Stree, JuS 1985, p. 184; Eschweiler, *Selbstgefährdung*, pp. 128 y ss.

responsabilidad del autor en comisión por omisión se estaría invalidando tácitamente la (desde el punto de vista de estos autores, correcta) solución en el ámbito de la comisión activa alcanzada a través de la doctrina de la autopuesta en peligro<sup>262</sup>. Si bien el argumento de la falta de uniformidad entre comisión y omisión no puede ser decisivo *per se* -ya que nada dice, en principio, que la solución hallada en el ámbito de la comisión sea la "correcta" y no a la inversa<sup>263</sup>-, lo cierto es que parece que la solución de apreciar en este ámbito una comisión por omisión genera, en efecto, una "contradicción valorativa"<sup>264</sup> con el principio de autoresponsabilidad y su traducción dogmática. Si la organización inicial debe ser imputada al ámbito de responsabilidad de la víctima, y, correlativamente, la conducta del autor no puede considerarse objetivamente imputable, no parece que la posterior omisión de éste pueda equivaler a una comisión (típica) activa. En el caso de la entrega de heroína, por lo tanto, parece que la solución correcta era la del tribunal de instancia: condena por un delito de omisión

---

<sup>262</sup> Cfr., respecto del suicidio, **Roxin**, FS Dreher, p. 348; vid. también desde una perspectiva más general, por ejemplo, **idem**, AT I<sup>2</sup>, 11/91; **Hirsch**, JR 1979, p. 432; **Hohmann**, MDR 1991, p. 1117; **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 206 y s.

<sup>263</sup> Como señala **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 21/99.

<sup>264</sup> **Hohmann**, MDR 1991, p. 1117.

de socorro. En el ordenamiento español, podría plantearse la posibilidad de apreciar un supuesto del art. 195.3 CP<sup>265</sup>.

---

<sup>265</sup> Dejando de lado la problemática coordinación de este precepto con la cláusula del art. 11 CP

## II. La intervención de la víctima en otros sectores ----- de la teoría de la imputación objetiva -----

En en el presente apartado, como se ha indicado antes, se intentará realizar un esbozo de la relevancia de la conducta de la víctima en el marco de otras instituciones de la teoría de la imputación objetiva distintas de lo que aquí se ha propuesto llamar "imputación a la víctima". Con este esbozo se pretende sobre todo lo siguiente: en primer lugar, mostrar que la institución dogmática de la imputación a la víctima -delineada en el apartado anterior-, como traducción dogmática del especial ámbito de autonomía y responsabilidad de la víctima, puede ser insertada de modo armónico en un contexto sistemático más amplio: la teoría de la imputación objetiva<sup>266</sup>. En segundo lugar, ejemplificar cómo el tratamiento dogmático de la conducta de la víctima fuera del alcance de la institución de la imputación a la víctima muestra características diversas que avalan la especificidad del ámbito que desde la perspectiva aquí defendida se ha adscrito a esa institución.

A continuación, se abordan en primer lugar (*infra* A.), desde la perspectiva de la conducta de la víctima, las instituciones de la imputación del comportamiento que preceden en el plano sistemático a la imputación a la víctima: riesgo per-

---

<sup>266</sup> Sobre las bases fundamentales de partida adoptadas en el presente estudio en relación con esta teoría, cfr. *supra* § 3 II. D. 2.

mitido y prohibición de regreso. En este contexto, se verá que la conducta de la víctima no adquiere relevancia específica como tal. En segundo lugar (*infra* B.), se exponen algunas reflexiones sobre la relevancia de la conducta de la víctima en el segundo nivel de la imputación objetiva -posterior en el plano sistemático a la imputación a la víctima-, la imputación de resultados. Como se verá, en este segundo ámbito -y para un sector determinado de casos- la especial cualidad de la víctima puede conllevar una determinación específica de la responsabilidad jurídico-penal del autor por el resultado.

#### **A. Conducta de la víctima e imputación objetiva del comportamiento**

Como se ha expuesto antes, la imputación a la víctima supone la atribución del suceso arriesgado al ámbito de responsabilidad de ésta. Antes de examinar si procede esa atribución, sin embargo, es necesario determinar si la conducta del autor es irrelevante a los efectos de la tipicidad por otras razones de índole más general. Si la conducta del autor en relación con la cual aparece la conducta de la víctima está cubierta por un riesgo permitido o puede ser desvinculada del posterior desarrollo lesivo por no estar conectada objetivamente con éste (prohibición de regreso), no será necesario examinar si debe imputarse lo sucedido al ámbito de res-

ponsabilidad de la víctima, ya que queda excluida ya en el marco de las instituciones antes mencionadas la imputación objetiva del comportamiento del autor.

## 1. Riesgo permitido

### a) Planteamiento

Entre el sector de la doctrina que ha adoptado la teoría de la imputación objetiva, puede decirse que existe un consenso fundamental -si bien con múltiples diferencias en la configuración concreta- a la hora de aceptar que en el marco de la realización de actividades arriesgadas existen determinados espacios que ya desde un principio no se hallan abarcados por las normas penales de comportamiento por responder a una configuración vital que está tolerada de modo general. En este contexto, se suele hablar, según los casos, de que no concurre un "riesgo jurídicamente relevante"<sup>267</sup> -especialmente, en las actividades socialmente normales o con una conexión muy débil con el posterior resultado ("cursos causales irregulares")- o que se trata de un "riesgo permitido"<sup>268</sup> -especialmente, cuando se trata de una actividad que genera riesgos, pero está permitida de modo general-, de

---

<sup>267</sup> Cfr. sólo **Jescheck/Weigend**, AT<sup>6</sup>, § 28 IV. 1.

<sup>268</sup> Cfr. sólo **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/55 y ss.

manera que la conducta en cuestión, en última instancia, conlleva un riesgo que no es típicamente relevante<sup>269</sup>. Sin que sea necesario a los efectos que ahora se persiguen entrar en las distintas controversias que han acompañado a la determinación del concepto y de la ubicación sistemática del riesgo permitido<sup>270</sup>, aquí se partirá -con aquel sector de autores que puede considerarse que configuran la doctrina mayoritaria- de la idea de riesgo permitido como aquella institución dogmática que determina el "estado de interacción normal"<sup>271</sup> en el trato de determinados riesgos -en el sentido de que se trata de una determinación general para determinados tipos de actividad, no vinculada (a diferencia del ámbito de la justificación) al contexto particular-, y, en ese sentido, implica la "legitimación de espacios de li

---

<sup>269</sup> En la terminología que prefiere **Mir Puig**, *PG*<sup>4</sup>, 10/57, para evitar posibles confusiones con otros ámbitos en los que el riesgo queda permitido en virtud de un permiso excepcional, de una causa de justificación. Vid. también **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, p. 438.

<sup>270</sup> Cuya existencia permite afirmar a **Roxin** que sobre "...el significado y ubicación sistemática" de esta institución existe una "falta de claridad absoluta" (*AT I*<sup>1</sup>, 11/55). Cfr. sobre esto sobre todo el exhaustivo estudio y la completa información contenidos en el reciente trabajo monográfico de **Paredes Castañón**, *El riesgo permitido*, *passim* y especialmente pp. 41 y ss. Vid. también las referencias en **Suárez González/Cancio Meliá**, en: **Jakobs**, *La imputación objetiva*, pp. 71 y s.

<sup>271</sup> **Jakobs**, *La imputación objetiva*, p. 119.



bertad de actuar generales"<sup>272</sup>, en cuanto elemento del tipo objetivo de los delitos dolosos e imprudentes<sup>273</sup>.

La conducta de la víctima puede adquirir relevancia también en esta primera institución de la imputación objetiva. En lo que sigue, se aludirá a alguna de las cuestiones en las que se plantea esa relevancia: en primer lugar, la víctima puede ser uno de los factores que sean determinantes a la hora de establecer dónde discurre la frontera del riesgo permitido, bien porque las expectativas de las posibles víctimas constituye un criterio decisivo para determinarla, bien porque el ejercicio permitido de la actividad en cuestión incluso depende precisamente de una determinada conducta -aceptación o consentimiento- de la víctima (*infra b*). En segundo lugar -ya en el plano de la aplicación de la institución del riesgo permitido-, se exponen algunos supuestos en los que la conducta del autor se halla cubierta por un riesgo permitido, de modo que el análisis del comportamiento del autor podrá detenerse en ese punto, afirmando la exclusión de la tipicidad de este comportamiento (*infra c*). En último lugar, la víctima aparece en este contexto en relación con el lla-

---

<sup>272</sup> AK-Zielinski, §§ 15, 16 n.m. 100; en sentido similar, cfr., por ejemplo, Roxin, AT I<sup>2</sup>, 11/56; Jakobs, AT<sup>2</sup>, 7/35 y ss.; Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 159 y s.; W. Frisch, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 71.

<sup>273</sup> Cfr. sólo Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 125 y ss., 139 y ss.; vid., sin embargo, y por ejemplo, Luzón Peña, voz "imputación objetiva", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II (COR-IND), pp. 3467 y s.; *idem*, PG, p. 382.

mado principio de confianza, como destinataria de confianza lícita por parte del autor que desarrolla una actividad arriesgada (*infra d*), con idéntica repercusión sobre la calificación de la conducta del autor.

Como se verá, la aplicación de la institución del riesgo permitido no incorpora una referencia a la especial cualidad de la víctima como titular de sus bienes jurídicos, y, por lo tanto, está centrada sobre todo en la perspectiva del autor.

**b) La víctima como factor en el establecimiento de niveles de riesgo permitido**

La figura de la víctima (potencial) puede tener cierta relevancia en un contexto distinto al de la aplicación del riesgo permitido: en el del establecimiento de determinados niveles de riesgo permitido.

En primer lugar, las expectativas de (potenciales) víctimas pueden ser uno de los criterios determinantes a la hora de fijar el nivel del riesgo permitido. Cabe corroborar esta afirmación, a modo de ejemplo, en relación con el ámbito de la responsabilidad jurídico-penal por la fabricación o dis-

tribución de determinados productos<sup>274</sup>. En principio, parece claro que quien asume la actividad de fabricar ciertos bienes para que sean accesibles a un gran número de personas, tiene también el deber de respetar todas las reglas existentes para evitar posibles daños a los consumidores<sup>275</sup>. Y precisamente esas reglas vienen codeterminadas por las expectativas, la "confianza"<sup>276</sup> que el consumidor pueda tener en el producto, o, en palabras del TS -en la sentencia en el caso de la colza<sup>277</sup>-. "El criterio general al que cabe remitir para posibilitar una concesión [sic] precisa de las exigencias de cuidado en este ámbito está constituido por las 'expectativas del consumidor'... el productor debe tomar en

---

<sup>274</sup> Cfr. desde una perspectiva general sobre este ámbito, respecto del cual ha aparecido numerosa bibliografía en los últimos tiempos, sólo S/S<sup>24</sup>-**Cramer**, § 15 n.m. 219, **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 200 y ss.; **Kuhlen**, *Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, pp. 93 y ss., 101 y ss.; **Paredes Castañón/Rodríguez Montañes**, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, pp. 21 y ss. y *passim*, todos ellos con ulteriores referencias.

<sup>275</sup> Cfr sólo **Schumann**, *Selbstverantwortung*, pp. 116, 119 y s.; **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 200 y s.

<sup>276</sup> Cfr. especialmente **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 202 con nota 176; cuáles sean esas expectativas, a su vez, no es una mera constatación fáctica, sino que depende de factores normativos (vid. **Frisch**, op. cit., pp. 202 y ss.), especialmente, del estadio de desarrollo de la valoración social de la necesidad de los productos en cuestión: como dice **Jakobs** (*La imputación objetiva*, p. 93), "...una sociedad saturada por la técnica esperará de un fabricante de máquinas que éste no cree nuevos riesgos, y por tanto le impondrá el deber de garantizar la inocuidad en todas las condiciones de funcionamiento, exonerando de este modo tanto a quien adquiere la máquina como a la víctima. Por el contrario, una sociedad que esté necesitada de avances técnicos tolerará bastantes riesgos; por consiguiente, exonerará al fabricante e impondrá al propietario y a la potencial víctima la obligación de garantizar la seguridad...".

<sup>277</sup> STS 23.4.1992, reproducida en Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial n° 12 (1992), pp. 69 y ss.

cuenta como medida del cuidado exigido los riesgos que el consumidor estaría dispuesto a asumir en una ponderación razonable"<sup>278</sup>.

En segundo lugar, existen determinados ámbitos en los que el permiso genérico de una actividad arriesgada necesita de una aceptación de la víctima: el riesgo permitido puede estar formulado de tal modo que tenga como presupuesto el "consentimiento" en la realización de la actividad plurisubjetiva<sup>279</sup>. En estos casos, puede decirse que riesgo permitido y consentimiento son congruentes<sup>280</sup>; o dicho de modo más exacto: el riesgo permitido tiene como presupuesto el consentimiento en la participación en el comportamiento conjunto<sup>281</sup>. Esto no cambia en nada el hecho de que el conjunto de comportamientos "fútbol", por ejemplo, está permitido de manera desvinculada del contexto subjetivo de los intervi

---

<sup>278</sup> Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial n° 12, p. 182; cfr. también p. 180, donde se identifica el "cuidado" al que se alude en el pasaje citado en el texto con el riesgo permitido, y p. 181, en relación con el horizonte de conocimientos de posibles víctimas.

<sup>279</sup> Por ejemplo: obviamente, no puede jugarse de manera permitida al fútbol o entablar un combate de boxeo [y crear de modo permitido el riesgo correspondiente] con alguien que no desea participar en tal actividad. Vid. también supra § 5 II. C. 3.

<sup>280</sup> Cfr. en este sentido, por ejemplo, **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/113.

<sup>281</sup> En este sentido, **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, pp. 318 y s.; **Paredes Castañón**, *El riesgo permitido*, pp. 79 y s. Cfr., por ejemplo, los supuestos en el ámbito de los deportes, **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/126; **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 115: el comportamiento reglamentado está "vinculado a permisos previos"; **Frisch** también habla en este contexto de la existencia de "esquemas de coordinación" (NStZ 1992, pp. 65 y s.); sobre esta función del riesgo permitido desde la perspectiva del principio de confianza, cfr. en el texto *infra* d).

nientes. Lo relevante aquí no es el consentimiento (que introduce el contexto), sino el permiso general<sup>282</sup>.

**c) Conductas del autor dentro del riesgo permitido**

Como se ha indicado antes, puede suceder que el comportamiento del autor se mantenga dentro del ámbito del riesgo permitido.

En este contexto, puede que sea precisamente la conducta de la víctima la que desencadene de modo decisivo el curso lesivo, siendo la conducta del autor correcta, al ser realizada conforme a las reglas que rigen el ejercicio de determinada actividad generadora de riesgo.

Así, ocurre, por ejemplo, en los supuestos, frecuentes en la práctica, en los que en el tráfico rodado es el peatón el único el que se comporta de modo incorrecto: "...el procesado, provisto del correspondiente permiso, conducía un automóvil a velocidad moderada, llevando su derecha, y la víctima del suceso [un peatón] se desvió hacia el centro de la calle en movimiento que la sentencia declara imposible de esperar por parte del conductor, resulta claramente que el resultado era ine-

---

<sup>282</sup> Cfr. **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 24; **Ensthaler**, *Rechtsgutsgpreisgabe*, pp. 34 y ss.

vitabile mediante el empleo de una diligencia normal... "283.

Con más claridad aún, ha de llegarse a la misma conclusión respecto de aquellos casos en los que el riesgo creado por el autor, o al que se refiere la conducta de incitación etc. del autor, ni siquiera tiene tal relevancia como para estar regulado<sup>284</sup> de modo específico<sup>285</sup>: así, en el famoso ejemplo del sobrino que envía a su tío a dar un paseo por el bosque esperando que éste muera alcanzado por un rayo, no es necesario acudir a la autoresponsabilidad de la víctima, sino que basta la constatación de que no concurre un riesgo desvalorado<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> STS 7.5.1934 (JC 226); el TS absolvió al conductor -de modo acorde a la praxis de la época- por falta del "elemento subjetivo propio de la culpa", la previsibilidad (cfr. aquí supra § 4 II. A. 1.).

<sup>284</sup> Sea por medio de reglas jurídicas o no estatales, cfr. sólo **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 192 y s.

<sup>285</sup> Que algunos autores -bajo el rótulo de "falta de riesgo jurídicamente relevante" distinguen del riesgo permitido en sentido estricto: así, por ejemplo, **Jescheck/Weigend**, *AT*<sup>6</sup>, § 28 IV 1., quienes ubican al primero en el ámbito de la imputación objetiva, mientras que el segundo es concebido como "principio estructural" en el ámbito de la justificación (op. cit., § 36 I. 1.); también distingue ambos ámbitos, aunque dentro de la imputación objetiva, **Roxin**, *AT* I<sup>2</sup>, 11/45 y s. y 11/55 y ss.; vid. también **Mir Puig**, *PG*<sup>4</sup>, 10/52 y 10/57.

<sup>286</sup> Cfr. sólo **Roxin**, *FS Honig*, pp. 135, 136; *idem*, *GS Armin Kaufmann*, p. 238; de modo poco diferenciado, pero en la misma dirección, a través de la idea de adecuación social, ya **Welzel**, *ZStW* 58 (1939), p. 517; de otra opinión -el riesgo es relevante, y falta la tipicidad de la conducta por la libre decisión de la víctima-, por ejemplo, **Otto**, *FS Maurach*, pp. 99 y s.

En este mismo sentido, también los supuestos de cointervención -en el sentido de organización conjunta, tal y como se ha esbozado antes respecto del ámbito de la imputación a la víctima- de autor y víctima en los que ni siquiera se crea un riesgo no permitido<sup>287</sup> quedan fuera del ámbito de relevancia típica.

En estos supuestos de falta de un riesgo típicamente relevante, la conducta del autor no resulta objetivamente imputable, y ello con independencia de que la víctima sea precisamente el titular del bien jurídico<sup>288</sup>: dicho de otro modo, en estos casos no resulta necesario acudir a la institución dogmática específica de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. A la inversa, cuando las reglas de determinación del nivel de riesgo permitido se vean infringidas, se tratará, en principio, de una creación desaprobada del riesgo, puesto que estas reglas pueden funcionar -además de su función general de delimitar lo generalmente permitido-, en concreto con relación con posibles víctimas, como "esquemas de coordinación", es decir, como criterios de

---

<sup>287</sup> Por ejemplo: dos sujetos hacen una apuesta acerca de quién llegará antes con su automóvil a Cuenca saliendo de Madrid, uno conduciendo por la carretera N-II y otro por la N-III, pero acordando mantenerse dentro límites de velocidad; la intervención en un partido de fútbol; la venta de un complejo vitamínico -reglamentariamente adecuado- que produce a la víctima una lesión en el estómago porque no respeta las indicaciones de posología, etc.

<sup>288</sup> Cfr desde una perspectiva algo distinta -autoría mediata-, por ejemplo, **Jakobs**, *La autoría mediata*, pp. 13 y s.

orientación de quien participa en una actividad arriesgada<sup>289</sup>. En estos casos, sólo si la conducta arriesgada es imputable a la víctima de acuerdo con los criterios antes expuestos, podrá afirmarse la falta de tipicidad del comportamiento, pero no en virtud de un permiso de riesgo genérico como el que ofrece el riesgo permitido.

#### d) La conducta de la víctima y el principio de confianza

El ámbito de casos en los que el comportamiento de terceros conduce a una lesión de la víctima también ofrece un campo de aplicación al así llamado "principio de confianza"<sup>290</sup>. De acuerdo con este principio -prescindiendo también aquí de entrar de modo detallado en la discusión acerca de la ubicación sistemática de esta institución<sup>291</sup>-, el sujeto que rea-

<sup>289</sup> Como ha señalado **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 185 y s., 192 y s., 200; *idem*, *NStZ* 1992, pp. 65 y s.

<sup>290</sup> Cfr. sobre este principio últimamente sólo las exposiciones de **Stratenwerth**, *AT I*<sup>1</sup>, n.m. 1155 y ss.; *S/S*<sup>24</sup>-**Cramer**, § 15 n.m. 147 y ss.; **Schumann**, *Selbstverantwortung*, pp. 7 y ss.; **Jorge Barreiro**, *La imprudencia punible*, pp. 117 y ss.; materialmente en el mismo sentido, aunque crítico con la denominación "principio de confianza", vid. también **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 185 y ss., 188 y s., 218 y ss.

<sup>291</sup> Mientras algunos lo tratan como una institución más o menos autónoma dentro del primer nivel de la imputación objetiva (así, por ejemplo, **Jakobs**, *ZStW* 89 [1977], pp. 13, 29 y ss.; *idem*, *AT*<sup>2</sup>, 7/51, donde concibe en parte el principio de confianza como un "supuesto particular" del riesgo permitido [y en otro sector como parte de la prohibición de regreso]; últimamente *idem*, *La imputación objetiva*, pp. 106 y s.; vid. también **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, pp. 327 y ss.: el principio de confianza está "estrechamente relacionado con el riesgo permitido", pero ha de distinguirse entre ambos [op. cit., p. 327],  
(continúa...)



liza una actividad arriesgada, en principio lícita, puede confiar en que quienes participan junto a él en la misma se van a comportar correctamente -de acuerdo con las reglas existentes- mientras no existan indicios de que ello no va a ser así.

Pues bien, el destinatario de esa confianza por parte del autor puede ser también la víctima. En efecto, también en este ámbito puede haber casos en los que el tercero en principio es garante de la situación de riesgo por él creada y le está permitido confiar en que el comportamiento de otros en esa situación será cuidadoso. Este permiso no queda limitado al ámbito del tráfico rodado<sup>292</sup> -en el que surgió originariamente-: por ejemplo, quien señala debidamente un foso no responde si un paseante descuidado cae en él<sup>293</sup>; no responde, en general, quien deja determinadas cosas o apar-

---

<sup>291</sup> (...continuación)

aunque finalmente se llega a la conclusión [p. 333] que se trata de una "forma particular de aparición del riesgo permitido", otros niegan con mayor claridad tal autonomía al principio de confianza y lo entienden perspectiva de la que también aquí se parte- como un ámbito que pertenece a la determinación del riesgo permitido (así, por ejemplo, **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 24/22; **Reyes Alvarado**, *Imputación objetiva*, pp. 141 y ss., especialmente pp. 145 y s., 149 y s.; **Suárez González/Cancio Meliá**, en: **Jakobs**, *La imputación objetiva*, pp. 69 y s.). Otro sector doctrinal -con independencia de la cuestión de la autonomía sistemática- considera al principio de confianza no como elemento de una teoría general de imputación objetiva, sino como criterio para la determinación del deber objetivo de cuidado en el ámbito del delito imprudente: cfr., por ejemplo, **Cerezo Mir**, PG I<sup>4</sup>, pp. 423 y ss.; **Jescheck/Weigend**, AT<sup>6</sup>, § 55 I. 3. d); **Burgstaller**, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 58 y ss.; **Jorge Barreiro**, *La imprudencia punible*, pp. 117 y ss.

<sup>292</sup> Cfr. sólo **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, p. 327.

<sup>293</sup> El ejemplo es de **Stratenwerth**, AT I<sup>3</sup> n.m. 1012.

tos en un contenedor de basura con las que se lesiona después alguien al manipularlas de modo descuidado<sup>294</sup>, etc., todo ello, siempre que no existan indicios de que se trata o podría tratarse de personas no responsables o de que los sujetos en cuestión, a pesar de todo, van a emprender el acto que puede lesionarles<sup>295</sup>.

En última instancia, ello es expresión de que también en este contexto se trata de establecer ámbitos de responsabilidad generales que han de incidir sobre la determinación de la tipicidad de la conducta<sup>296</sup> -o, en la terminología aquí utilizada-, en la imputación objetiva de la conducta<sup>297</sup>. Partiendo de lo anterior, son justificadas en alguna medida -sobre todo en la elección de una terminología que puede resultar inadecuada- las críticas vertidas por **W. Frisch** en contra del uso

---

<sup>294</sup> **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 220.

<sup>295</sup> Vid. acerca de los detalles sólo **Jakobs**, *AT*<sup>2</sup>, 7/53 y ss.

<sup>296</sup> Cfr. **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 186 y ss., 189 y s., quien, sin embargo, no diferencia entre casos de falta absoluta de vinculación del significado del comportamiento inicial al subsiguiente (prohibición de regreso, cfr. a continuación 2. en el texto) y aquellos otros en los que en principio existe posición de garante derivada de organización respecto de la continuación del curso (principio de confianza).

<sup>297</sup> En este sentido, no puede considerarse convincente la idea de **Kühl** (*AT*, 4/52) de ubicar los supuestos de conductas inadecuadas de la víctima posteriores a una conducta de lesión o de puesta en riesgo típicas del autor (por ejemplo: autor que comete un delito de lesiones y víctima que se arranca el vendaje) en el ámbito del principio de confianza, ya que en estos casos es indudable que la conducta del autor -al realizar la primera lesión o al dar lugar a la creación de riesgo inicial- es típicamente relevante; en este sentido, resulta algo chocante hablar de que el autor de la lesión inicial "puede confiar" en que la víctima acuchillada, por ejemplo, seguirá un tratamiento médico adecuado. Otra cuestión es que el resultado pueda reconducirse a la lesión o puesta en peligro inicial, pero ello afecta al nivel de la imputación objetiva del resultado (vid. aquí *infra* § 9 II. B. 2.).

habitual del principio de confianza<sup>298</sup>: pues, en efecto, parece que se superponen dos problemas materiales distintos: por un lado, se hace referencia a la delimitación de los ámbitos de responsabilidad -hasta qué punto las reglas establecen responsabilidad del otro en relación con una conducta correcta-, y, en segundo lugar, la cuestión de la cognoscibilidad del carácter responsable de los demás intervinientes. Además, es cierto que puede parecer que es el principio de confianza la razón, el fundamento de la solución, cuando sólo es expresión de la misma, es decir, que el autor se ha mantenido dentro de los "esquemas de coordinación" que rigen la actividad en cuestión. Desde esta perspectiva, es cierto que el "...principio de confianza no es más que una **descripción aproximativa y psicologizante** de la conclusión de las reflexiones normativas decisivas..."<sup>299</sup>.

También en el caso del principio de confianza se trata de una modalidad general (es decir, no limitada a la colaboración de sujeto lesionado y tercero) de determinación de ámbitos de responsabilidad, y, concretamente, de cuáles son los límites del riesgo permitido. El hecho de que -como se ha visto- el principio de confianza deje de ser efectivo, por ejemplo, en casos en los que hay indicios suficientes de que pueden verse afectadas personas no responsables por el riesgo creado, no conduce a una confusión con la institución de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima

---

<sup>298</sup> *Tabestandsmäßiges Verhalten*, pp. 190 y s.

<sup>299</sup> W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 191, subrayado en el original; cfr. en sentido similar también *SK-Samson*, anexo al § 16, n.m. 21; *Jakobs AT*, 7/51.

antes delineada. En efecto, lo que sucede es que el riesgo permitido no es una permisión absolutamente contrafáctica, sino que requiere de una concreción por parte del sujeto que realiza la actividad. Así, no cabe duda alguna de que el permiso general de circular a determinada velocidad con un vehículo de motor por una vía no rige cuando se den ciertas condiciones ambientales (niebla, nieve en la calzada). En este sentido, también el principio de confianza consiste en un proceso de concreción en atención al carácter responsable de los sujetos que intervienen en la actividad. Pero esta concreción no supone en modo alguno que en estos casos se produzca una atribución del posible curso lesivo a la víctima. De lo que se trata -también en este ámbito, desde la perspectiva del autor y su conducta-, es de fijar los límites de lo generalmente permitido, no del ámbito de responsabilidad de la víctima<sup>300</sup>. La imputación a la víctima, como

---

<sup>300</sup> Lo acabado de decir ve confirmado en lo material por la siguiente argumentación del TS, en la que -de acuerdo con su posicionamiento general en la materia, vid. supra § 4 I. deslinda el ámbito de la "concurrency de culpas" del principio de confianza: "... Pero también dicha doctrina [la de la concurrency de culpas] ha proclamado con reiteración que cuando, comparados ambos comportamientos, aparece de modo claro y evidente que la relevancia de la conducta del procesado es notoriamente superior a la que pudiera achacarse al perjudicado o fallecido, en estos casos la posible culpa menor de éste carece de trascendencia, y no permite ni la degradación de la imprudencia a una clase inferior, ni tampoco la reducción de la cuantía de las responsabilidades civiles. En estos casos, por la diferente entidad de las conductas imprudentes, se estima que sólo ha tenido eficacia causal en orden a la producción del resultado el comportamiento de la persona que con su importante negligencia creó el riesgo en cuyo ámbito se ocasionaron el fallecimiento, las lesiones o los daños tipificados como delito o falta. Particularmente se produce este último supuesto en los casos en que el acusado pudo y debió prever la conducta imprudente de la víctima, como ocurre cuando se conduce un vehículo de motor en las proximidades de los lugares donde pueden existir súbitas irrupciones en la calzada u ocupa-  
(continúa...)

parece claro, añade un elemento diferencial a esta determinación: cuando, precisamente, en atención a criterios generales como los que establece el riesgo permitido la actividad no está generalmente permitida, es -como se ha venido señalando- la especial calidad de la víctima la que puede conllevar la atribución del suceso a su ámbito de responsabilidad y la consiguiente afirmación de falta de tipicidad de la conducta del autor.

## **2. Prohibición de regreso**

### **a) Planteamiento**

La conducta de la víctima puede tener relevancia, además, en otro ámbito de la imputación del comportamiento: la prohibición de regreso. Esta institución, que no tiene prácticamente nada en común con la antigua idea de prohibición de re-

---

<sup>300</sup>(. . .continuación)  
ciones de la vía pública por parte de los peatones, máxime si estos peatones son ancianos, deficientes mentales o niños, que se encuentran en las inmediaciones y de los cuales siempre hay que esperar una conducta distraída o negligente. Y esto es lo que ocurrió en el caso presente en el que la conducta claramente temeraria del recurrente (en estado de embriaguez y con excesiva velocidad en un lugar concurrido) no puede degradarse por el hecho de que unos niños se encuentren en la calzada en las proximidades de un colegio, en el momento de la salida de las clases, y en las inmediaciones de un autobús escolar, circunstancias de las que el procesado tenía el inexcusable deber de haberse apercebido, pues en el lugar había una perfecta visibilidad, todo ello según la relación de hechos probados que hace la sentencia recurrida." (STS 12.7.1989 (RA 6718)).

greso como interrupción del curso causal<sup>301</sup> en casos en los que con posterioridad a una conducta imprudente se produce un comportamiento doloso, ha sido desarrollada como parte de la teoría de la imputación objetiva en los últimos tiempos sobre todo por **Jakobs**<sup>302</sup>. Según el punto de vista de este autor,

"...el carácter conjunto de un comportamiento no puede imponerse de modo unilateral-arbitrario. Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida. Por consiguiente, **existe una prohibición de regreso** cuyo contenido es que un comportamiento que de modo estereotipado es inocuo no constituye participación en una organización no permitida."<sup>303</sup>

---

<sup>301</sup> Cfr., en todo caso, por ejemplo, la valoración positiva de los componentes normativos, más allá de afirmaciones incorrectas en materia de causalidad, implícitamente contenidos en la antigua teoría de la prohibición de regreso llevada a cabo por **Roxin**, FS Honig, p. 144, nota 28; **idem**, AT I<sup>2</sup>, 11/97, precisamente desde la perspectiva de la conducta de la víctima; vid. también **Burgstaller**, Fahrlässigkeitsdelikt, p. 106, nota 54; **Spendel**, JuS 1974, p. 749; **Meyer**, Autonomie, pp. 109 y s.; **Schumann**, Selbstverantwortung, p. 6; **Peñaranda Ramos**, La participación, pp. 288 y ss., 289 y s., tanto respecto de la teoría de la interrupción del nexo causal como de la prohibición de regreso. Vid. por otro lado el intento de reinterpretación de esta última teoría como teoría de autoría y participación realizado por **Walther**, Eigenverantwortlichkeit, pp. 84 y ss., 87 y ss.

<sup>302</sup> Cfr. supra § 3 II. B. 2.; vid. el desarrollo en **Jakobs**, ZStW 89 (1977), pp. 1 y ss.; **idem**, AT<sup>2</sup>, 7/56 y 21/14 y ss., 29/105a; **idem**, La imputación objetiva, pp. 145 y ss.; **idem**, "La imputación objetiva", en: **idem**, Estudios de Derecho penal, III. Vid. también, acerca del punto de vista de **Jakobs**, **Suárez González/Cancio Meliá**, en: **Jakobs**, La imputación objetiva, pp. 72 y ss.

<sup>303</sup> **Jakobs**, La imputación objetiva, pp. 106 y s. (subrayado en el original).

Para **Jakobs**, en lo que se refiere a su encuadre sistemático, la prohibición de regreso excluye la imputación objetiva del comportamiento.

Tampoco en este ámbito puede entrarse en la discusión acerca de la fundamentación y ubicación sistemática de esta institución dogmática<sup>304</sup>. En todo caso, lo cierto es que, como ha afirmado el propio **Jakobs**<sup>305</sup>, las diferencias materiales más allá de la denominación o de la ubicación sistemática dentro de la imputación objetiva- con aquellas posturas que incorporan delimitaciones normativas de ámbitos de responsabilidad y la correspondiente exclusión de responsabilidad por actos que carecen de significado delictivo, no son determinantes.

#### **b) Conducta de la víctima y prohibición de regreso**

Lo que aquí interesa es que las constelaciones de casos en cuestión también pueden darse en relación con una conducta posterior de un sujeto que anuda a un determinado comporta-

---

<sup>304</sup> Cfr. por todos, últimamente, **Roxin**, FS Tröndle, pp. 177 y ss.; **Reyes Alvarado**, *Imputación objetiva*, pp. 320 y ss., con ulteriores referencias.

<sup>305</sup> Vid. *La imputación objetiva*, pp. 171 y s.; **idem**, GA 1996, pp. 260 y s., nota 15.

miento del autor una conducta que puede ser lesiva para sus propios bienes<sup>306</sup>.

Así, por ejemplo, cuando el empleado de una gasolinera llena el depósito de combustible de un automóvil cuyas cubiertas se encuentran de modo tan evidente en mal estado que es palmario que va a producirse un accidente si se sigue circulando con el vehículo, esta aportación causal del empleado no puede dar lugar a una responsabilidad por un delito de lesión<sup>307</sup> -doloso o imprudente, dependiendo del lado subjetivo-<sup>308</sup>. Lo mismo sucede si un sujeto -sin tener ningún tipo de conocimientos sobre el particular- afirma en una reunión social que en el mes de marzo, en determinada zona de montaña, suele haber una temperatura muy alta, lo que alguien que le escucha toma como base para realizar una excursión a esa zona con un equipo de verano, por lo que sufre lesiones por congelación<sup>309</sup>. También puede sostenerse que la conducta del autor no tiene significado delictivo si éste guarda en un recipiente de apariencia inocua -por

---

<sup>306</sup> En relación con un delito de estafa, la prohibición de regreso ya ha sido aplicada como elemento de la imputación objetiva por el TS si bien con una fundamentación muy escueta- a la conducta de la víctima: "...aquí debe regir el criterio de la prohibición de regreso que limita la imputación objetiva del resultado cuando la propia víctima ha reorientado el riesgo creado por el autor mediante su comportamiento..." (STS 12.2.1993 [RA 1059])

<sup>307</sup> Sin perjuicio de una eventual responsabilidad por un delito de omisión del deber de socorro, como señalan, por ejemplo, **Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 215; **Jakobs**, *La imputación objetiva*, p. 108.

<sup>308</sup> Ejemplo de **Jakobs** *ZStW* 89 (1977), p. 4; también *idem*, *AT*<sup>2</sup>, 7/52; llegan a la misma solución **Stree**, *JuS* 1985, p. 181; **Herzberg**, *JA* 1985, p. 272; **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 198; **Derkson**, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 199.

<sup>309</sup> Cfr. ejemplos similares en *S/S*<sup>24</sup>-**Cramer**, § 15 n.m. 157; **Schumann**, *Selbstverantwortung*, pp. 107 y s., 115; **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 198.



ejemplo, en una botella de refresco- un líquido venenoso, en circunstancias también aparentemente inocuas -por ejemplo, en la nevera-, y la víctima, quien penetra de modo no autorizado en la vivienda, ingiere el líquido y sufre lesiones<sup>310</sup>. Y muy probablemente se tratará de un supuesto de prohibición de regreso cuando se produce la entrega de sustancias de tráfico permitido, como es el caso del alcohol; en este caso, que sea evidente que el sujeto a quien se está expendiendo alcohol va a poner en peligro su salud<sup>311</sup>, no es asunto del vendedor o expendedor. Sólo si de modo evidente el sujeto que recibe el alcohol ya no es imputable, podrá plantearse una eventual responsabilidad del autor.

Como parece claro, las dificultades aparecen cuando se trata de establecer los límites de la prohibición de regreso. En los casos antes mencionados parece evidente que la conducta del primer sujeto en actuar no puede ser interpretada en ningún caso -con independencia de las intenciones o deseos del sujeto- como una provocación delictiva de la autolección<sup>312</sup>. Sin embargo, por ejemplo, si en el caso de la in-

---

<sup>310</sup> En este sentido, por ejemplo, **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 220; **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 198 y s.; de otra opinión, por ejemplo, *S/S<sup>24</sup>-Cramer*, § 15 n.m. 154. Respecto del muy similar supuesto que concurría -si bien con una diferencia esencial- en caso del arsénico (RGSt 1, pp. 373 y ss.; vid. el supuesto de hecho *supra* § 1 II. A. 10.), cfr. las consideraciones a continuación en el texto.

<sup>311</sup> Como en el caso del aguardiente, en el que estaba claro que existía al menos ese riesgo, GA 14 (1866), pp. 532 y ss.; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. A. 1.

<sup>312</sup> El problema también aparece en términos similares en el ámbito de la determinación de los límites de la imputación a la víctima, cfr. *infra* § 10 II. B.

formación incorrecta acerca de las condiciones meteorológicas que se acaba de plantear se trata de un sujeto que hace la afirmación en cuestión siendo el responsable de protección civil de la zona y, concretamente, al ser preguntado al respecto por la víctima -aunque se produzca la pregunta igualmente en el marco de una reunión informal, puede que la situación sea distinta y que su conducta pueda vincularse a la lesión que posteriormente se produce<sup>313</sup>. O en el caso de la botella con contenido venenoso: el contexto en el que se guarde la misma en la vivienda puede ser también significativo: si, por ejemplo, -como sucedía en el caso del arsénico<sup>314</sup>- el autor lleva a cabo su conducta en una vivienda en la que convive con otras personas, que, por lo tanto, pueden acceder a la sustancia guardada en la nevera, parece claro que su conducta sí puede tener el significado de generar un riesgo de envenenamiento<sup>315</sup>.

Para marcar estos límites, **W. Frisch** ha propuesto -precisamente respecto de los casos de una conducta posterior de la víctima que aquí interesan<sup>316</sup>- recurrir al criterio del "con-

---

<sup>313</sup> Cfr. en sentido similar **Schumann**, *Selbstverantwortung*, p. 114.

<sup>314</sup> RGSt 1, pp. 373 y ss.; vid. el supuesto de hecho supra § 1 II. A. 10.

<sup>315</sup> En este sentido se pronuncian con razón **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 220; **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 198 y s.

<sup>316</sup> Si bien sin distinguir entre los ámbitos del principio de principio de confianza y de la prohibición de regreso, como aquí se hace.

tenido de sentido" de la conducta del autor<sup>317</sup>. Desde esta perspectiva, sólo si la conducta del autor muestra el específico sentido de ser un favorecimiento o una incitación a una conducta arriesgada de un sujeto que carece de los conocimientos relativos al riesgo, podrá hablarse, en principio, de una conducta típica del primero<sup>318</sup>. Este contenido de sentido específico no concurre cuando quien dispone de los conocimientos se limita a no hacer uso de éstos para formular una advertencia, pero también puede faltar cuando se realicen determinadas conductas activas normales (como seguir un determinado camino que se sabe peligroso para los forasteros cuando se es seguido por otro, o hacer entrega de sustancias inocuas si son usadas de modo normal, aunque el receptor muestre una disposición cognoscible de hacer un uso autolesivo de esa sustancia, por ejemplo, inhalando un pegamento, etc.)<sup>319</sup>.

---

<sup>317</sup> Cfr. **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 214 y ss., 218, 222 y s.; respecto de las conductas delictivas de terceros -que es el ámbito que normalmente suele discutirse con más intensidad en este contexto-, vid. op. cit., pp. 280 y ss. El criterio delineado por **Frisch** puede considerarse próximo a la formulación original de **Jakobs** para delimitar la institución de la prohibición de regreso frente a la participación delictiva (cfr. **Jakobs**, *ZStW* 89 [1977], pp. 23 y ss.), y muestra también similitudes con las ideas paralelas de "tendencia al hecho" (*Tatgeneigtheit*), desarrollada por **Roxin** (vid. *FS Tröndle*, pp. 177 y ss., *idem*, *AT I*<sup>2</sup>, 24/28 y s.) o con la de la "solidarización" con un injusto ajeno, manejada por **Schumann** (*Selbstverantwortung*, pp. 56 y ss.).

<sup>318</sup> **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 214.

<sup>319</sup> **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 215 y s.

Desde la perspectiva aquí adoptada, puede decirse que el ámbito de la prohibición de regreso queda diferenciado del correspondiente al riesgo permitido-principio de confianza por el hecho de que -una vez determinado el ámbito en el que existe un significado unívoco no delictivo de la conducta del autor- la conducta del autor, como se ha visto, queda desvinculada del posterior desarrollo lesivo con independencia de la cognoscibilidad o conocimiento por parte del autor del mismo, es decir, que opera de modo completamente contrafáctico<sup>320</sup>. Dicho de otra manera, se trata de conductas ambivalentes en su significado -desde el punto de vista natural-externo- respecto de las cuales cabe establecer un significado objetivo vinculante. Y frente a la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima -que, como se ha dicho, opera en un plano sistemático posterior- la prohibición de regreso se presenta como una especie de reverso: mientras en la prohibición de regreso se establece que no existe un comportamiento en común, que la conducta del autor ha de ser interpretada en todo caso como una aportación inocua, en el ámbito de la imputación de la víctima es precisamente el hecho de que la actividad conjunta pueda ser atribuida al responsable preferente -el titular de los bienes- el que permite afirmar la falta de tipicidad de la conducta del autor.

---

<sup>320</sup> Cfr. sólo **Jakobs**, *La imputación objetiva*, p. 108.

## B. Conducta de la víctima e imputación objetiva del resultado

### 1. Planteamiento

Como es sabido, la teoría de la imputación objetiva no sólo establece criterios normativos para la determinación de la tipicidad de la conducta, sino que también -y este es el ámbito al que incluso suele ser conectada de modo prioritario esta teoría<sup>321</sup>- ofrece las máximas para constatar, una vez que se ha afirmado que la conducta es típica, cuándo el resultado producido debe ser reconducido, imputado, a la conducta: es ésta la imputación objetiva del resultado<sup>322</sup> o imputación objetiva en sentido estricto<sup>323</sup>. Con independencia de las controversias que han acompañado a la determinación de las relaciones sistemáticas existentes entre los dos sectores de la imputación objetiva, lo cierto es que existe un consenso generalizado acerca de que también en el segundo sector hay una serie de criterios normativos que permiten realizar esa atribución del resultado a la conducta<sup>324</sup>.

---

<sup>321</sup> Cfr. *supra* § 3 II.

<sup>322</sup> Vid., por todos, y desde distintas perspectivas, **Gimbernat Ordeig**, *Delitos cualificados*, pp. 101 y ss.; **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/4b; **Mir Puig**, PG<sup>4</sup>, 10/47 y s., 10/58 y s.; **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/39 y ss.; **Bajo Fernández**, PE I<sup>2</sup>, pp. 13 y ss., 17 y ss.

<sup>323</sup> Terminología que prefiere **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, pp. 34 y s., 434 y ss.

<sup>324</sup> Cfr. por todos **Martínez Escamilla**, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 177 y ss., 188 y ss.: "también el resultado ha de poder  
(continúa...)"

En este contexto, existen conductas de la víctima que, si bien no conllevan la falta de tipicidad del comportamiento del autor -por no concurrir los elementos de la imputación a la víctima<sup>325</sup>-, sin embargo, sí pueden hacer desaparecer la imputación objetiva del resultado<sup>326</sup>. En este sentido, como dice **Silva Sánchez**, también en este sector, el de la realización de riesgos, la imputación objetiva es el instrumento dogmático que permite aprehender la conducta de la víctima de modo adecuado<sup>327</sup>. Las constelaciones de casos que pueden aparecer en este contexto son de características muy diversas<sup>328</sup>. Desde conductas que -dicho de modo aproximativo, de momento- "reorientan" completamente el riesgo típico inicialmente creado por el autor hasta comportamientos que no varían de modo sustancial el curso inicial, pasando por con-

---

<sup>324</sup> (...continuación)  
ser contemplado como obra del autor", debe ser materialización del desvalor de acción (p. 189)

<sup>325</sup> Y partiendo de que tampoco haya de excluirse la tipicidad de la conducta del autor por concurrencia de un riesgo permitido o en virtud de la prohibición de regreso, cfr. en el texto supra A.

<sup>326</sup> En este sentido, no se comparte aquí el criterio de **W. Frisch** (vid., por ejemplo, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 447, 452 y s., nota 301), para quien -al igual que respecto de otros sectores no relacionados con la conducta de la víctima (vid. las referencias supra § 3 II. B. 1.)- la imputación del resultado está poco menos que "vacía" de contenidos normativos. Como se indicará a continuación en el texto, desde la perspectiva aquí adoptada y en lo que se refiere a conductas relevantes de la víctima, sí cabe distinguir entre problemas pertenecientes al primer nivel (imputación objetiva de la conducta) y al segundo nivel (imputación objetiva del resultado) dentro de la imputación objetiva.

<sup>327</sup> Vid. **Silva Sánchez**, en: CGPJ (ed.), *La Victimología*, pp. 32 y s.

<sup>328</sup> Cfr. por ahora sólo el elenco de casos recogidos por **Reyes Alvarado**, *Imputación objetiva*, pp. 338 y ss.

ductas de mera inactividad o por la confluencia de dos cursos independientes, parece claro ya a primera vista que la relevancia que puede corresponder al comportamiento de la víctima ha de ser muy distinta según los casos.

En lo que sigue -de nuevo, limitando las reflexiones a efectuar en este ámbito a una exposición esquemática y referida a la problemática que aquí interesa-, se abordan en primer lugar aquellos supuestos en los que de lo que se trata es de determinar si desde el punto de vista normativo "pervive" el riesgo inicial o no (*infra* 2.). En segundo lugar, se abordan los casos en los que -como se verá- la conducta de la víctima y la del autor se "fundan" en la producción del resultado y sólo conjuntamente explican el resultado (*infra* 3.).

Como se verá a lo largo de la exposición, el análisis de estas constelaciones de casos en ocasiones conduce a una discusión acerca de si ciertas cuestiones deben ubicarse realmente en el plano de la imputación objetiva del resultado, o pertenecen más bien al primer nivel de la imputación objetiva. En un número considerable de casos se constatará que son acertadas las palabras de **Luzón Peña** -expresando una preocupación creciente en determinados sectores de la doctrina que se han ocupado del ámbito que aquí interesa- en el sentido de que "...se está sobrecargando indebidamente el ámbito de la imputación objetiva del resultado con problemas

que pueden y deben resolverse en otro lugar distinto dentro de la estructura del tipo..."<sup>329</sup>.

## 2. Criterios de interrupción del nexo de imputación

### a) Introducción

Cabe identificar un sector de supuestos en los que ya desde un principio parece claro que el riesgo creado por el autor carece de relación con el resultado producido, pues "...aunque subsista una conducta excesivamente peligrosa inicial por parte del autor, la introducción de un nuevo riesgo por parte de la víctima puede hacer que el resultado final no aparezca ya como realización del primer riesgo y deba excluirse la imputación objetiva"<sup>330</sup>.

Cabe llegar a esta conclusión, en principio, en dos ámbitos: por un lado, puede suceder que el riesgo creado por el autor sólo contribuya de modo causal a la producción del resultado, pero que en realidad se realice un riesgo general de la vida. En segundo lugar, puede que el riesgo creado por el autor esté relacionado con el ámbito en el que se produce el

---

<sup>329</sup> "La 'determinación objetiva del hecho'", en: **idem**: *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>, pp. 108 y s.

<sup>330</sup> **Mir Puig**, ADPCP 1991, p. 262; vid. también, por ejemplo, **Luzón Peña**, "Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes", *Derecho penal de la Circulación*<sup>2</sup>, p. 78; **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/80.



resultado, pero éste no se realice porque la víctima introduce un riesgo distinto.

La primera posibilidad concurre, por ejemplo, si un sujeto secuestra a la víctima y ésta muere en un accidente de circulación -inevitable- durante el secuestro: no hay, en puridad de términos, siquiera un riesgo típicamente relevante de muerte<sup>331</sup>. En cuanto a la segunda posibilidad: si, por ejemplo, en el caso de un automovilista que circula por el lado izquierdo de la vía -infringiendo su deber de hacerlo por la derecha- cuando un peatón se abalanza de modo repentino sobre la calzada, no cabe establecer conexión entre la infracción del conductor y el resultado producido<sup>332</sup>.

Sin embargo, la solución no resulta tan sencilla cuando no puede establecerse de modo nítido que el riesgo inicial no es típicamente relevante respecto del específico resultado producido, o que la conducta de la víctima realmente introduce un riesgo nuevo. En efecto, en muchas ocasiones, el resultado se produce como concreción del riesgo inicial generado por el autor, pero la conducta de la víctima posterior -dicho, de momento, de modo aproximativo- es de algún modo descuidada. En este contexto, parece aconsejable dis-

---

<sup>331</sup> Cfr. *supra* § 9 II. A. 1. c); ejemplo y solución de **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/79.

<sup>332</sup> Ejemplo y solución de **Luzón Peña**, PG, p. 527; vid. ya en sentido análogo respecto de este caso **Burgstaller**, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 101 y s.

tinguir<sup>333</sup> entre aquellos supuestos en los que existe identidad entre el objeto del riesgo inicial y aquel que resulta lesionado y respecto del cual se produce la conducta de la víctima (*infra b*), de aquellos otros supuestos en los que hay una diversidad entre ambos (*infra c*); ello, sobre todo, porque en la doctrina ambas constelaciones de casos se han solido abordar por separado.

**b) Identidad entre objeto afectado por el riesgo inicial y objeto lesionado**

Son estos los casos en los que es la propia víctima que incide de algún modo sobre un riesgo -que también puede derivar de una lesión inicial- creado respecto de sus bienes por el autor. Así sucede, por ejemplo, en el caso del líquido caústico resuelto por el TS<sup>334</sup> o en supuestos similares en los que la víctima omite realizar determinadas medidas de prevención o de tratamiento<sup>335</sup>, o se niega a determinado tratamiento médico -como en el caso de quien, después de haber recibido una paliza, se niega a quedarse ingresado en un centro hospitalario a pesar de que se le indica que ello

---

<sup>333</sup> Siguiendo a *Derksen*, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 232 y s., 233 y ss.

<sup>334</sup> STS 17.9.1993 (RA 6697); cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. A. 8.

<sup>335</sup> Cfr., por ejemplo, el caso citado *supra* § 4 II. A. 2., referido a una víctima que había descuidado las heridas producidas por una agresión inicial; RG GA 42 (1894), pp. 386 y s.

es necesario en atención a posibles lesiones internas<sup>336</sup>- que resulta indicado para neutralizar los riesgos para su salud que derivan de una lesión producida por el autor. La problemática en este ámbito, como se verá a continuación, es abordada en la doctrina sobre todo desde la perspectiva de la víctima -y frecuentemente en relación con conductas posteriores de terceros distintos de la víctima, como puede ser, por ejemplo, el caso de una conducta posterior descuidada del personal médico<sup>337</sup>-. En este sentido, un sector de la doctrina ha propuesto excluir la imputación cuando la conducta posterior de la víctima sea "gravemente imprudente"<sup>338</sup>. Otros autores, en cambio, adoptan una posición que en vez de calificar por analogía la conducta de la víctima, parte de una valoración vinculada a las características del

---

<sup>336</sup> Como sucedió en el caso BGH NStZ 1984, p. 394; vid. también, por ejemplo, los casos ingleses (citados *supra* § 4 I. A. 4.) R. v. *Blaue* (cfr., por ejemplo, *Smith/Hogan*, *Criminal Law*, pp. 338 y s.) y R. v. *Dear* (CrimLR 1996, pp. 595 y s.).

<sup>337</sup> Cfr. últimamente sobre un supuesto de estas características, en relación con un error médico -en el caso concreto, la posible relevancia de la conducta del propio afectado no queda clara-, el trabajo de *Bolea Bardón*, ADPCP 1994, pp. 375 y ss., con referencias sobre el estado de la cuestión en pp. 380 y ss.

<sup>338</sup> Así, por ejemplo, con diversos matices: *P. Frisch*, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 118 y ss. (en relación con la infracción deberes autoprotección); *Burgstaller*, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 122 y ss., especialmente p. 123, *idem*, FS Jescheck, p. 365; *Wolter*, *Zurechnung*, pp. 346 y s. (hablando de una "asunción de riesgo"); *Hillenkamp*, *Vorsatztat*, p. 302; parcialmente (vid. nota siguiente) también en esta línea la posición de *Roxin*, AT I<sup>2</sup>, 11/111. En la doctrina anglosajona, vid. en el mismo sentido -la *gross negligence* interrumpe la relación de causalidad- *Hart/Honoré*, *Causation in the Law*, pp. 319 y s., 406.

riesgo inicial y que resulta potencialmente más estricta respecto de la exclusión de la imputación<sup>339</sup>.

Respecto de estas dos tendencias -caracterizadas de este modo sólo a grandes rasgos-, puede decirse, en primer lugar y de modo aproximativo, que no parece adecuado hacer depender la constatación -realizada *ex post*- de la materialización del riesgo creada por la conducta del autor de la "calificación" que pueda llevarse a cabo respecto de la conducta posterior de la víctima.

En efecto, la posible relevancia de las características de la conducta de la víctima en cuanto a su significado normativo ha de tenerse en cuenta -como se ha propuesto aquí en el plano de la tipicidad de la conducta del autor -en su caso, imputando lo sucedido al ámbito de responsabilidad de la víctima y excluyendo la imputación objetiva de la conducta del autor-, cuando la existencia de una interacción con-

---

<sup>339</sup> Vid., por ejemplo, *SK-Rudolphi*, n.m. 72 y ss. previos al § 1, acudiendo al principio de confianza; *Schünemann*, JA 1975, pp. 718 y s.; diferenciando en función del riesgo *W. Frisch*, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 446 y ss., 449 y ss., 454 y s.: lo decisivo es que el riesgo se encuentre ya "ínsito" (*angelegt*) en la conducta inicial; le sigue, en lo que se refiere a la adopción de esta distinción, *Roxin*, AT I<sup>2</sup>, 11/111 (quien, sin embargo, dentro de los riesgos "ínsitos" quiere distinguir, más en la línea de los autores citados en la nota anterior, entre conductas gravemente inadecuadas de la víctima [exclusión] y otras que no lo son); en sentido similar al de *W. Frisch* en última instancia, la posición de *Derksen*, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 234 y ss.: debe ser la "planificación de la víctima" la que explique el suceso; *Reyes*, *Imputación objetiva*, pp. 338 y ss., 341 y ss.: lo decisivo es cuál es el riesgo "que explica" el resultado; *Bolea Bardón*, ADPCP 1994, pp. 386 y s., para quien la solución depende de que se produzca o no una "sustitución" de un riesgo por otro.

vierta el suceso en algo común de autor y víctima<sup>340</sup>. Sin embargo, una vez constatada la relevancia típica de la conducta del autor, o, lo que es lo mismo, la imputación objetiva del comportamiento de éste -ya que en los casos que ahora son de interés no existe, por definición, una "organización conjunta" en el sentido antes expuesto-, la posible relevancia de una conducta posterior de la víctima sólo puede derivar de que ésta afecte a la "emanación" de la conducta objetivamente imputable del autor, es decir, que afecte a la dimensión de riesgo de ésta. Y para verificar esa posible relevancia, como parece claro, es necesario partir del riesgo creado, es decir, de la posible influencia de la conducta posterior en el mismo, y no de la calificación -"gravemente imprudente" o no- que merezca la conducta de la víctima. En este sentido, parece preferible seguir, en principio, la orientación propuesta por la segunda de las tendencias doctrinales aludidas. La referencia a la "imprudencia" de la víctima hecha por el primero de los sectores doctrinales mencionados puede entenderse, en todo caso, precisamente como una referencia terminológicamente poco precisa a lo que se acaba de exponer.

Pasando ya a delinear la solución a los distintos supuestos, en primer lugar, debe estimarse -y a este respecto existe un consenso generalizado en la doctrina- que tratándose de una

---

<sup>340</sup> Cfr. especialmente *supra* § 9 I. A. 4.

conducta por parte de la víctima que implica la dejación de medidas esenciales y elementales de neutralización del riesgo inicial, no puede producirse imputación del resultado a la conducta del autor<sup>341</sup>. En este sentido, por ejemplo, en el caso en el que la víctima se niega a la realización de una medida médica corriente y segura a efectos de neutralización del riesgo, como puede ser someterse a una observación interna -así, en el caso de una víctima que recibe una paliza y se niega a quedar ingresada en un centro médico, a pesar de que así se le pide de modo insistente por parte del personal sanitario<sup>342</sup>-, o a una transfusión de sangre -como sucedió en el caso *R. v. Blaue*<sup>343</sup>-, o directamente inutiliza una medida terapéutica de estas características -por ejemplo, arráncandose los vendajes, o reabriendo heridas en pro-

---

<sup>341</sup> Se trata de una solución alcanzada en lo material -si bien a través de una definición subjetiva de la cuestión: "dolo" o no de la víctima- en gran medida por la doctrina de la interrupción del nexo causal adoptada por la jurisprudencia del TS en parte hasta el día de hoy (vid. las referencias supra § 4 I A. 3.), doctrina que el TS recientemente sintetiza del siguiente modo: "La doctrina de esta Sala con relación al accidente extraño a la actividad del sujeto, lo ha concebido, unas veces, en un sentido muy restringido, comprendiendo tan sólo la acción dolosa del propio ofendido o de un tercero -Sentencias, por todas, de 2-4-1904, 13-3-1934, 18-10-1946, 26-10-1983, 31-10-1987, 5-10-1988 y 5-11-1990 -y otras, las actuaciones culposas de la víctima y terceros -SS. 2-4-1903, 24-5-1967 y 10-11-1978." (STS 17.9.1993 [RA 6697]).

<sup>342</sup> BGH NStZ 1984, p. 394; vid. también, por ejemplo, los casos ingleses (citados supra § 4 I. A. 4.) *R. v. Blaue* (cfr. *Smith/Hogan, Criminal Law*, pp. 338 y s.) y *R. v. Dear* (CrimLR 1996, pp. 595 y s.).

<sup>343</sup> Vid. supra § 4 I. A. 4.; recogido, por ejemplo, en *Smith/Hogan, Criminal Law*, pp. 338 y s.

ceso de cicatrización, como en el caso *R. v. Dear*<sup>344</sup>-, etc.<sup>345</sup>.

También puede ocurrir, dentro de este primer grupo de casos, que la creación de riesgo imputable al autor esté localizada en un ámbito físico del que la víctima puede alejarse o no entrar en él y neutralizarlo de este modo -o, mejor dicho, evitar la concreta puesto en riesgo respecto de sus bienes-.

Así sucede en el supuesto de hecho (modificado a los efectos que aquí interesan) de la STS 3.6.1989<sup>346</sup>: el sujeto A realizó -supongamos que de modo claramente imprudente respecto del riesgo al que se aludirá a continuación- cerca de una carretera la quema de los rastrojos que quedaban en una finca de su propiedad después de la recolección. El humo de la quema de rastrojos invadió la calzada, dificultando de modo esencial la conducción por la vía, de manera que no cabría duda alguna acerca del riesgo que se habría generado respecto de los vehículos que circularan en ese momento por el tramo afectado por el humo. Imaginemos que así las cosas, un automovilista que llega al lugar, sin embargo, a pesar de advertir el humo, entra con su vehículo en el tramo oscurecido y colisiona con un árbol al salirse de la calzada

---

<sup>344</sup> Vid. *supra* § 4 I. A. 4.; recogido en CrimLR 1996, pp. 595 y s.

<sup>345</sup> Llegan a este resultado, por ejemplo, y desde distintas perspectivas, *Roxin*, AT I<sup>2</sup>, 11/95, 11/111; ya *idem*, FS Gallas, 248 y s.; *Jakobs*, AT<sup>3</sup>, 7/59; *Jescheck/Weigend*, AT<sup>6</sup>, § 28 IV. 4.; *Wessels*, AT<sup>26</sup>, n.m. 166; *Otto*, FS Maurach, p. 99; *Burgstaller*, *Fahrlässigkeitsdelikt*, pp. 121 y s.; *idem*, FS Jescheck, pp. 357, 363 y ss.; *Wolter*, *Zurechnung*, p. 346; *W. Frisch*, *Tabestandsmäßiges Verhalten*, pp. 447 y ss.; *Reyes Alvarado*, *Imputación objetiva*, pp. 341 y s.

<sup>346</sup> RA 5021.

a causa de la falta de visibilidad producida por el humo<sup>347</sup>. En este caso, la más elemental de las precauciones hubiera aconsejado al conductor no entrar en el tramo afectado y esperar que el humo desapareciera. En este caso, no puede afirmarse que el riesgo creado de una colisión por falta de visibilidad afecte también a quienes pueden evitarlo sencillamente esperando unos minutos.

A estos efectos, por lo demás, no parece que deba distinguirse de modo esquemático entre que se trate de una omisión o de un comportamiento activo posterior de la víctima<sup>348</sup>, pues cuando las medidas omitidas tienen las características antes enunciadas -medidas habituales y seguras a efectos de neutralizar el riesgo inicial-, a pesar de que desde el punto de vista externo no haya interferencia alguna entre la creación inicial del riesgo y la lesión, lo cierto es que desde el punto de vista normativo, la existencia de ese tipo de medidas debe ser tomada en cuenta para valorar la verdadera dimensión del riesgo inicial.

---

<sup>347</sup> En el supuesto original, se trataba de dos conductores que penetraron -a pesar de advertir la falta de visibilidad- en el tramo afectado por el humo y, al desviarse hacia el carril contrario, colisionaron con un vehículo cuyo conductor, con mejor criterio, estaba esperando del otro lado de la zona falta de visibilidad, produciendo la muerte al ocupante de éste. El TS absolvió al sujeto que realizó la quema de rastros (argumentando, de modo algo confuso, que no hay ni previsibilidad, ni imprudencia, que se rompe la relación causal y que tampoco cabe imputación objetiva) y mantiene la condena de los dos automovilistas, por haber éstos asumido "de forma autoresponsable el riesgo creado por la acción de otro"

<sup>348</sup> Cfr. en el sentido del texto sólo **Burgstaller**, *Fahrlässigkeitssdelikt*, p. 122; **Jakobs**, AT, 7/59; **Kühl**, AT, 4/52, 4/84; vid., sin embargo, otorgando mayor relevancia a esta circunstancia, por ejemplo, **SK-Rudolphi**, n.m. 74 previo al § 1; **Bolea Bardón**, ADPCP 1994, pp. 384 y s.



Poniendo un ejemplo extremo: el hecho de que un corte en un brazo con un cuchillo -supongamos que producido de modo imprudente-, que sangra profusamente, desde el punto de vista externo o médico-biológico pueda perfectamente desencadenar un cierto riesgo de muerte por gangrena si no se desinfecta la herida, no afecta a la consideración que en una sociedad en la que la higiene es un elemento esencial de la medicina -además de una medida de cuidado elemental en este tipo de heridas, conocida por todos-, ese riesgo -suponiendo que la eliminación mediante la simple desinfección es segura<sup>349</sup>- no debe considerarse "ínsito" en el riesgo producido por el corte. En este sentido, que la víctima omita toda desinfección frente a un corte que de modo evidente necesita esa desinfección, o que se revuelque, con la herida aún sangrante, en un estercolero, no debe comportar diferencia alguna. Y ello no supone que se recurra a la mayor o menor "imprudencia" de la víctima: sencillamente, esta posición deriva de la idea de que el riesgo debe definirse también en atención a las medidas de neutralización estándar que existen en determinado momento.

A la hora de establecer cuál es el horizonte de "medidas corrientes" o "esenciales" en el sentido aludido puede aparecer alguna dificultad. Puede apuntarse como criterio de determinación que las medidas en cuestión sean de común conocimiento, con independencia de la "facilidad" fáctica de obtención de la medida en cuestión. Dicho con un ejemplo

---

<sup>349</sup> Como parece claro, no puede imponerse a la víctima -excluyendo, en caso de incumplimiento, la imputación al autor- el "deber" de acudir a medidas de neutralización que sólo de modo casual pueden tener éxito, o a su vez generan riesgos elevados, etc.; vid. en este sentido *Derksen*, *Handeln auf eigene Gefahr*, p. 235.

extremo: el hecho de que el envenenamiento producido por el autor mediante una sustancia exótica, enormemente peligrosa, pero cuyos efectos pueden ser inmediatamente revertidos mediante la ingestión de una pequeña cantidad de ácido acetil-salicílico, pueda ser neutralizado sencillamente tomando una aspirina, no implica que se trate en este caso de una medida de las antes aludidas.

Desde esta perspectiva, es éste el criterio decisivo también para abordar el caso del líquido caústico<sup>350</sup>: en efecto, como afirma el TS<sup>351</sup> en atención a lo establecido en los hechos probados, no cabe excluir la imputación del resultado, partiendo de la exigencia de que la "...víctima averigüe por su intuición o extremada diligencia y cuidado la clase de líquido con el que se le ha rociado y cuya toxicidad no se percibe por el mero contacto cutáneo." En este caso, a pesar de que la medida en cuestión -sencillamente, lavar con agua las zonas cutáneas afectadas- era muy simple, el desconocimiento de las características del líquido utilizado por la autora impide considerar que se trata de una medida que cuadre al concepto de "medida corriente" antes esbozado.

En todo caso, ha de insistirse que en el presente ámbito no se trata de calificar la conducta de la víctima, sino de determinar la concreción del riesgo inicial del que es res-

---

<sup>350</sup> STS 17.9.1993 (RA 6697); cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. A. 8.

<sup>351</sup> Si bien con una argumentación que sitúa el caso en el ámbito de la "interrupción del curso causal", vid. *supra* § 1 II. A. 8.

ponsable el autor. En efecto, debe recordarse que en el ámbito de los supuestos que ahora interesan lo que ha sucedido es que se ha impuesto -con la conducta del autor- un riesgo a la víctima. Por ello, el hecho de que la víctima realice una aportación ulterior que incide sobre el riesgo inicial no puede hacer desaparecer sin más la "fuerza explicativa del riesgo"<sup>352</sup>.

**c) Diversidad de objeto puesto en riesgo y objeto lesionado**

La necesidad de hallar criterios para determinar cuándo un resultado puede reconducirse a una conducta objetivamente imputable también se plantea en supuestos en los que la conducta del autor pone en riesgo de modo objetivamente imputable un determinado objeto y esa puesta en riesgo es la que conduce -dicho, de momento, en términos de aproximación- a un comportamiento posterior de la víctima que incide de algún modo sobre la lesión final de un objeto distinto al inicialmente puesto en peligro. En principio, son de interés en este contexto supuestos como el caso de la reacción de pánico<sup>353</sup>, el del salto del camión<sup>354</sup> o el del incendio<sup>355</sup>. En

---

<sup>352</sup> En este sentido, con una solución más restrictiva que la aquí propuesta, W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 451 y s.

<sup>353</sup> STS 27.1.1984 (RA 804); vid. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. A. 12. y los comentarios de Luzón Peña, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación*<sup>1</sup>, pp. 83 y ss.; Silva Sánchez, *La Ley 1984-4*, pp. 1040 y ss.

el segundo de los casos citados, se trata de una conducta de la propia víctima afectada por la puesta en riesgo, mientras que en el primero y en el tercero, el sujeto afectado por el riesgo y la víctima de la lesión de cuya imputación se trata son dos sujetos distintos. En los tres supuestos el objeto afectado por el riesgo o la lesión inicial (respectivamente: lesión del primer peatón, libertad sexual de la propia víctima, vida del hermano de la víctima) son distintos del objeto afectado en relación con la conducta posterior de la víctima.

La doctrina se ha ocupado sobre todo del grupo de casos representado entre los antes mencionados por el del incendio. Respecto de estos supuestos de acciones arriesgadas de salvamento se ha generado una intensa polémica que contrasta de modo llamativo con la práctica ausencia de resoluciones de los tribunales al respecto.

De modo esquemático, cabe sintetizar la situación en la doctrina del siguiente modo: un primer grupo de autores afirma que en estos casos no debe producirse la imputación del daño sufrido por quien emprende la acción de salvamento. Llegan a esta conclusión aduciendo, en primer lugar, que en los casos

---

<sup>354</sup> (...continuación)

<sup>354</sup> STS 8.11.1991 (RA 8298); vid. el supuesto de hecho de esta resolución supra § 1 II. A. 9.

<sup>355</sup> BGHSt 39, pp. 322 y ss.; vid. el supuesto de hecho de esta resolución supra § 1 II. A. 13

en los que el salvamento no viene impuesto por una obligación jurídica -como en el caso del incendio-, debe cobrar relevancia la idea de la autopuesta en peligro, es decir, la responsabilidad de quien decide ponerse a sí mismo en peligro al asumir la acción de salvamento. En este sentido, se utiliza el argumento de que de lo contrario habría que llegar a la conclusión de imputar, por ejemplo, a quien se ha puesto a sí mismo en riesgo y provoca una acción de salvamento, la responsabilidad por los daños que pueda sufrir el sujeto que intenta salvarle. Pues en todos estos casos, en última instancia, se dice, la conducta inicial es una mera causación de una autopuesta en peligro voluntaria<sup>356</sup>. En segundo lugar, alguno de los autores acabados de citar va aún más lejos y propone excluir la imputación del resultado también en aquellos supuestos en los que el sujeto que emprende la acción de salvamento cumple con una obligación jurídica, como puede ser el caso, por ejemplo, de un miembro de cuerpo de bomberos en una variación hipotética del caso del incendio al que se acaba de hacer referencia<sup>357</sup>. En apoyo de esta solución se afirma que en cierto modo también en estas constelaciones se trata de una elección libre por parte de quien realiza la acción arriesgada, ya que al elegir la profesión

---

<sup>356</sup> Vid., por ejemplo, *S/S<sup>24</sup>-Cramer*, § 15 n.m. 157; *Roxin*, AT I<sup>2</sup>, 11/94; *Maurach/Gössel*, AT 2<sup>1</sup>, 43/73; *Otto*, JuS 1974, p. 710 *Schünemann*, JA 1975, p. 722; *Corcoy Bidasolo*, *El delito imprudente*, pp. 554 y s.

<sup>357</sup> Pues en el supuesto de referencia, el salvamento fue emprendido por uno de los miembros de la familia propietaria de la vivienda incendiada; vid. *supra* § 1 II. A. 13.

en cuestión se habrían asumido los riesgos que ésta conlle-  
va. Por otro lado -argumentan estos autores-, la responsabi-  
lidad de la colectividad al establecer las normas en cues-  
tión no debe ser trasladada al autor de la creación de ries-  
go inicial. Además se aducen razones de política criminal:  
el establecimiento de la imputación del resultado conduciría  
en muchas ocasiones a que el creador del riesgo inicial se  
abstuviera de llamar ayuda, si tuviera que temer que ello  
pudiera generar ulteriores responsabilidades jurídico-pena-  
les<sup>358</sup>.

Frente a este sector doctrinal, aquellos autores que puede  
considerarse que conforman la opinión mayoritaria sostienen,  
por el contrario, que en estos casos debe imputarse el re-  
sultado a la creación inicial del riesgo por parte del au-  
tor<sup>359</sup>. Para estos autores, siempre que el intento de salva-  
mento no "carezca, desde un principio, de toda posibilidad

---

<sup>358</sup> Cfr. en este sentido, con diferencias en la argumentación, sólo **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/106, ya **idem**, FS Honig, pp. 142 y s.; **idem**, FS Gallas, pp. 247 y s.; **Burgstaller**, Fahrlässigkeitsdelikt, pp. 112 y ss., 115 y s.; **Schünemann**, JA 1975, pp. 721 y s.; **Schumann**, Selbstverantwortung, pp. 70 y s., nota 2 (sólo para los supuestos de dolo por parte del au-  
tor); **Corcoy Bidasolo**, El delito imprudente, pp. 555 y s.; **Martínez Escamilla**, La imputación objetiva del resultado, pp. 362 y ss.

<sup>359</sup> Así, por ejemplo, **SK-Rudolphi**, n.m. 80 y s. previos al § 1 y ya **idem**, JuS 1969, p. 557; **LK<sup>11</sup>-Schroeder**, § 16, n.m. 182; **NK-Puppe**, n.m. 168 y ss. previos a los §§ 13 y ss.; **Jescheck/Weigend**, AT<sup>6</sup>, § 28 IV. 4.; **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 21/89 y ya **idem**, ZStW 89 (1977), pp. 15 y s., 34 y s.; **Wol-  
ter**, Zurechnung, pp. 344 y s.; **W. Frisch**, Tatbestandsmäßiges Verhalten, pp. 472 y ss., 481 y ss.; **Derksen**, Handeln auf eigene Gefahr, pp. 202 y ss., 207 y ss.; en el mismo sentido, si bien sólo respecto de los casos en los que existe obligación por parte del salvador, **S/S<sup>24</sup>-Cramer**, § 15 n.m. 157; **Maurach/Gössel**, AT 2<sup>7</sup>, 43/73.

de éxito" y "no conlleve la asunción de riesgos desproporcionados"<sup>360</sup>, habrá de imputarse la lesión al autor del riesgo inicial<sup>361</sup>.

Dejando de momento de lado la solución material a los distintos supuestos, hay que indicar que con carácter previo se plantea en realidad un difícil problema de carácter sistemático: ¿pertenece la solución de estos supuestos al nivel de la imputación objetiva del resultado, o deben resolverse más bien ya en el plano de la tipicidad de la conducta?<sup>362</sup> Esta interrogante no puede despejarse de modo uniforme en relación con todos los elementos que concurren en estos supuestos. Por un lado, la existencia de una conexión suficiente entre la conducta inicial del autor y la posterior de la víctima es una cuestión que pertenece al primer nivel de la imputación objetiva. En efecto, sólo si puede afirmarse que el comportamiento del autor -además de la calificación jurídico-penal que pueda merecer de modo aislado- genera una

---

<sup>360</sup> Como lo formula el BGH en el caso del incendio al que se viene haciendo referencia en el texto (BGHSt 39, p. 326).

<sup>361</sup> **Jakobs** va más allá al sostener que cualquier conducta de salvamento razonable puede dar lugar a imputación, vid. ZStW 89 (1977), pp. 15 y s.; *idem*, AT<sup>2</sup>, 21/89; en sentido similar **Wolter**, Zurechnung, p. 345.

<sup>362</sup> En este sentido, dice **Roxin** (AT I<sup>3</sup>, 11/106) -quien aborda los supuestos de acciones de salvamento arriesgadas similares al caso del incendio antes citado en el marco del escalón del "alcance del tipo" (vid. *supra* § 3 II. A. y § 9 I. B. 2. a) que en determinados casos la cuestión resulta "prácticamente imposible de distinguir" de la "autopuesta en peligro" (vid. § 6 I.). es decir, de aquel ámbito que en el presente estudio se ha ubicado en el marco del primer nivel de la imputación objetiva.

situación en la que el posterior comportamiento de la víctima aparece explicado por esa conducta inicial, como parte de una misma unidad de sentido impuesta por el autor<sup>363</sup>, podrá considerarse que ésta es objetivamente imputable en relación con la lesión sufrida. Así, por ejemplo, en el caso del salto del camión<sup>364</sup>, hay que analizar si el comportamiento del conductor es en este sentido la base de la conducta de autopuesta en peligro de la joven, o, formulado desde la perspectiva de la víctima, si ésta se encuentra en una situación en la que pueda afirmarse que su decisión -saltar del camión- ha sido llevada a cabo de modo "responsable". Pues si, por ejemplo, la conducta, en realidad, no pasara de constituir un comportamiento grosero del que no cabe extraer la existencia de un riesgo para la joven, no existirá la conexión entre una conducta y otra. De igual modo, en el caso del incendio debe comprobarse si la conducta inicial realmente "justifica" la acción de salvamento del sujeto; éste no sería el caso, por ejemplo, si a lo que se ha prendido fuego no es una vivienda, sino un cobertizo vacío, ya que entonces no hay nada que salvar. Lo mismo cabe decir respecto del supuesto de la reacción de pánico: aunque en este caso no se trata de una reacción consciente, la cuestión

---

<sup>363</sup> A la inversa formula **Derksen** -partiendo de un contexto sistemático desligado de la teoría de la imputación objetiva, vid. *supra* § 8 II. B. 2.- que la conducta del autor debe eliminar las alternativas de planificación de la víctima; vid. *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 203, 239.

<sup>364</sup> STS 8.11.1991 (RA 8298); vid. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. A. 9.



esencial -desde el punto de vista sistemático<sup>365</sup>- también aquí está en determinar si la conducta inicial cumple si quiera con la exigencia de imputación objetiva de la conducta<sup>366</sup>.

Este análisis, en todo caso, pertenece a la constatación de la tipicidad de la conducta del autor en relación con la de la víctima. Por lo tanto, corresponde su estudio -en la sistemática aquí seguida- en el marco de los límites de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima<sup>367</sup>.

En el presente contexto, el nivel de la imputación de resultados, deberían analizarse, entonces, sólo una pequeña parte -no diferenciada por la doctrina habitualmente- de las cuestiones que pueden plantearse en el presente contexto: las que se refieren a una ejecución inadecuada de la acción de salvamento -una vez constatada la conexión entre conducta inicial y acción de salvamento-, como, por ejemplo, sería el caso si el bombero que emprende una acción de salvamento lo

---

<sup>365</sup> En cuanto a la solución material, mientras **Luzón Peña** ("Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación*, pp. 99 y ss., 101) considera que puede afirmarse la existencia de una autoría mediata imprudente, **Silva Sánchez** (La Ley 1984-4, pp. 1040 y ss.) y **Corcoy Bidasolo** (*El delito imprudente*, pp. 539 y s. con nota 1004) sostienen que debe excluirse la imputación.

<sup>366</sup> Como afirma con razón **Corcoy Bidasolo**, *El delito imprudente*, pp. 539 y s.

<sup>367</sup> Concretamente, dentro del análisis de los defectos de responsabilidad en la víctima de carácter "situacional"; cfr. *infra* § 10 II. A. 3.

hace de modo descuidado sin su traje ignífugo o sin su máscara de oxígeno. Estos supuestos, como parece claro, no muestran diferencia alguna frente a los casos de identidad entre objeto inicial del riesgo y objeto lesionado y deberán ser abordados, por lo tanto, conforme a lo expuesto en el punto anterior.

### 3. Confluencia de riesgos

Finalmente, existen supuestos en los que concurre, sin duda alguna, una conexión suficiente entre el riesgo inicial creado por el autor y el resultado final, y en los que esa conexión no se ve desvirtuada por una conducta de la víctima, y, a pesar de ello, parece ya a primera vista que debe tenerse en cuenta de algún modo el comportamiento de la víctima, pues parece evidente que la producción del resultado también está relacionada con la conducta de la víctima. En estos casos podría hablarse de modo figurado de una "autoría accesoria" de autor y víctima<sup>368</sup>. Para que a esta constelación de casos le corresponda relevancia autónoma es preciso -aparte, como es lógico, que no concorra ninguna causa de exclusión de la imputación objetiva del comportamiento- que el riesgo que se realiza sea un riesgo respecto del cual existe una responsabilidad múltiple, lo que es el caso, es-

---

<sup>368</sup> Como dice Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, p. 358.

pecialmente, cuando existen deberes o funciones de control recíprocos<sup>369</sup>.

Desde el punto de vista aquí sostenido, deben re-conducirse a este sector de casos muchos de los supuestos que el TS ubica en el ámbito de su doctrina de la "conurrencia de culpas". Pero como se habrá advertido por lo expuesto hasta ahora, no todo supuesto en los que concurren conductas equivocadas por parte de autor y víctima pertenece a este contexto. Pues es necesario que sólo la presencia conjunta de ambas conductas erradas conduzca a la lesión<sup>370</sup>. Ejemplificando lo dicho con base en los frecuentes<sup>371</sup> casos en los que un conductor que guía su vehículo de modo arriesgado atropella a un peatón que ha penetrado también de modo descuidado en la calzada, sólo se tratará de un supuesto de los que ahora interesan si tanto una como otra conducta queda conectada, en los términos antes expuestos, con el resultado. Si la infracción del conductor nada tiene que ver con la lesión -como en el caso del conductor que circula por el lado izquierdo de la calzada-, o es el riesgo creado por la víctima el que se realiza -un suicida se lanza bajo las ruedas de un coche que

---

<sup>369</sup> Cfr. **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 7/83.

<sup>370</sup> Cfr materialmente ya **Torío López**, LH Fernández Albor, pp. 720 y s.

<sup>371</sup> Cfr las referencias jurisprudenciales recogidas supra § 4 I. B. 1. b). en relación con la "conurrencia de culpas", o el caso -resuelto por el TS mucho antes del surgimiento de la doctrina jurisprudencial de la concurrencia de culpas- del peatón y la locomotora comentado por **Del Rosal**, *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, pp. 327 y ss., STS 28.6.1949, en el que la víctima había intentado cruzar de modo repentino la vía del ferrocarril por un lugar que no era paso a nivel, siendo alcanzada por una locomotora. El procesado, trabajador del ferrocarril, no se encontraba en su puesto precediendo a la máquina a una distancia de veinte metros, obligación establecida por las normas administrativas en cuestión, según parece claro, precisamente también con el objeto de evitar atropellos.

circula a velocidad excesiva-, quedará sencillamente excluida la imputación del resultado a la conducta del automovilista. Si, sin embargo, confluyen en el momento del resultado ambas conductas -el conductor no pudo frenar su vehículo precisamente porque circulaba a velocidad excesiva; la colisión no se hubiera producido si la víctima hubiera cruzado la calzada de modo cuidadoso-, se tratará de la situación a la que se está haciendo referencia<sup>372</sup>. En conclusión, aquellos supuestos

---

<sup>372</sup> Desde esta perspectiva, no puede compartirse la opinión de **Martínez Escamilla**, para quien en estos supuestos -a salvo de reglas especiales- desaparece toda responsabilidad del conductor una vez constatada la imprudencia de la víctima: "Por lo que respecta a las conductas imprudentes de peatones que pretenden cruzar la vía o simplemente caminan por la calzada... en principio no puede considerarse éste un riesgo previsible... , por lo que el conductor no está obligado a contar con él, a mantener una velocidad que le permita controlar la situación frente a estos comportamientos, salvo cuando la propia norma impone una moderación en la velocidad en consideración precisamente a la posibilidad de conductas imprudentes por parte de peatones [por ejemplo, cerca de colegios] No se nos ocurre otra razón a la que pueda responder esta limitación que a la posible irrupción de peatones en la calzada. Por ello, partiendo de que... cuando... la ley ha querido reducir los riesgos de atropello de peatones que no respeten las normas del tráfico ha impuesto una especial limitación de la velocidad en consideración precisamente a esa circunstancia, cabe deducir que, como regla general, los accidentes en los que interviene el factor riesgo por imprudencia de los peatones no son objetivamente imputables al consistor en atención a una velocidad no permitida" (*La imputación objetiva del resultado*, pp. 294 y s.). En efecto, no puede compartirse la opinión de esta autora porque parece que extrae consecuencias demasiado amplias de la existencia de límites de velocidad específicos en áreas donde se presume que hay sujetos respecto de los cuales se reducen de modo drástico las expectativas de una conducta adecuada a las reglas del tráfico. Y parece que extrae demasiado de estas reglas, ya que el establecimiento de esos límites excepcionales no implica en modo alguno que la razón de establecer otros límites de velocidad de índole general no pueda venir determinada también por la posibilidad de conductas descuidadas por parte de los peatones. En este sentido, puede pensarse que una de las razones de la introducción del límite de velocidad de 50 km/h en zonas urbanas puede ser, precisamente, la posibilidad de conductas inadecuadas por parte de peatones. Entonces, se podría llegar a la conclusión que existe, en los términos acabados de exponer, una responsabilidad compartida y cumulativa entre peatón y conductor del vehículo de evitar el resultado.

que parecen conformar la mayoría<sup>373</sup> de los aprehendidos mediante la teoría de la concurrencia de culpas del TS, pertenecen, como han señalado varios autores<sup>374</sup>, al presente ámbito: el de la imputación del resultado. También puede contemplarse desde la perspectiva del grupo de casos al que se quiere aludir el caso del lanzagranadas resuelto recientemente -sin recurrir para nada a la doctrina de la concurrencia de culpas, lo que muestra una vez más lo maleable de esta construcción- por el TS<sup>375</sup>. Prescindiendo a estos efectos de la conducta del teniente que introduce el cartucho en el simulador, lo cierto es que tanto el sargento tiene la obligación de comprobar que no hay nadie detrás de él como la víctima de evitar en todo caso colocarse detrás de quien está manipulando el simulador. Obligaciones que se establecen, precisamente, para evitar errores en supuestos en los que se cree descargado el artefacto. Por ello, en este caso, el daño sólo puede generarse por dos conductas descuidadas.

Como se acaba de ver, en estos casos no hay una exclusión de la imputación objetiva del resultado. Sin embargo, la conducta de la víctima tiene una influencia real y decisiva en

---

<sup>373</sup> Si bien también existen supuestos que deberían ubicarse en el primer nivel de la imputación objetiva, y, especialmente en la institución de la imputación a la víctima; cfr. las referencias supra § 4 I. A. 4.

<sup>374</sup> En este sentido ya Cerezo Mir, ADPCP 1983, p. 501; *idem*, PG I<sup>a</sup>, p. 440; Torío López, LH Fernández Albor, pp. 719 y ss.; Joshi Jubert, ADPCP 1989, pp. 741 y s.; Gracia Martín, en: Díez Ripollés/Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 61; Zubiri de Salinas, en: CGPJ (ed.), *Causalidad e imputación objetiva*, p. 205; desde la perspectiva de la responsabilidad civil, igualmente Montés Penadés, ComCP 1995 I, p. 613.

<sup>375</sup> STS (Sala Quinta) 23.5.1995 (RA 4156); vid. el supuesto de hecho de esta resolución supra § 1 II. A. 11.

la producción del resultado. Ante esta situación, lo más adecuado parece ser afirmar que debe apreciarse una disminución del injusto en el lado del autor<sup>376</sup>. Dicho en términos coloquiales, sólo se ha producido el resultado a medias: entonces, deberá producirse -coincidiendo en este punto (y sólo para el sector que acaba de delinearse), como se anunció en su momento, con la praxis del TS en materia de concurrencia de culpas- una reducción de la responsabilidad del autor<sup>377</sup>. Pues a diferencia de la situación paralela que puede existir cuando son dos autores accesorios imprudentes que contribuyen ambos a la lesión de los bienes de un tercero -un caso en el que debe afirmarse la autoría de ambos-, en el presente contexto, si bien no se produce una atribución de todo el suceso al ámbito de responsabilidad, sí parece adecuado valorar la aportación de la víctima mediante una reducción. Que esta reducción deba operarse, de modo paralelo a la jurisprudencia, cambiando la calificación de

---

<sup>376</sup> Siguiendo a Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, pp. 359 y s., 367 y ss.

<sup>377</sup> precisamente en contra de esta posibilidad, Roxin, FS Gallas, @; de modo crítico, en relación con la praxis del TS, por ejemplo, Zugaldía Espinar, RDCir 1981, p. 347; Mir Puig, ADPCP 1991, p. 262; especialmente Martínez Escamilla, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 303 y ss., 310; Gracia Martín, en: Díez Ripollés/Gracia Martín, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 61; a favor de la posibilidad de "disminuir", con distintas ubicaciones, sin embargo, Luzón Peña, PG I, p. 527; Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*, pp. 359 y s., 367 y ss.; le sigue Joshi Jubert, ADPCP 1989, p. 740; Rodríguez Montañés, en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II, pp. 3380 y s.; apunta la posibilidad de la reducción también Jakobs, *Tun und Unterlassen*, p. 28; a favor de la posibilidad de realizar una atenuación en el marco de la medición de la pena, por ejemplo, W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 453; ampliamente Hillenkamp, *Opferverhalten*, pp. 294 y ss.

la imprudencia -de grave a leve, lo que implicaría en muchos casos la impunidad de la conducta del autor- o más bien en el marco de la medición de la pena<sup>378</sup> -como parece, en principio, más adecuado partiendo de que se trata de una problemática propia del tipo objetivo común a delitos dolosos e imprudentes- es una cuestión que queda fuera del marco del presente estudio.

---

<sup>378</sup> Una vía que, por otro lado, ya ha sido abierta por el TS -si bien con una fundamentación distinta y con un alcance material también distinto del que aquí se propone, vid. *supra* § 9 I. B. 1. b) en la STS 17.7.1990 (RA 6728; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 8.).

§ 10 Límites de la imputación a la víctima:  
-----  
situaciones de superioridad del autor  
-----

I. Planteamiento  
-----

1. Como se indicó al ofrecer una formulación positiva de la institución de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima, ésta sólo podrá tener lugar -junto con otros condicionantes expuestos en el mismo momento- cuando la conducta de la víctima no haya sido instrumentalizada por el autor, lo que puede suceder por carecer la primera de la responsabilidad o de la base cognitiva necesarias<sup>379</sup>. Como parece evidente, corresponde especial relevancia en el marco de una construcción dogmática al establecimiento de sus límites, ya que sólo con base en éstos puede determinarse el verdadero alcance de la construcción propuesta. Por ello, en las páginas que siguen se intentará delinear con cierto detalle los contornos de los límites a la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima. Se trata, en el presente contexto, de los límites inmanentes<sup>380</sup> de la formulación dogmática propuesta, es decir, de aquellos límites que derivan de la estructura misma de la institución.

---

<sup>379</sup> Cfr. *supra* § 9 I. A. 1.

<sup>380</sup> Sobre los límites que derivan de especiales razones normativas, cfr. *supra* § 2 y § 9 I. C.



Estos límites pueden agruparse en torno a -o, dicho de otro modo: como reverso de- dos presupuestos de la imputación a la víctima. En primer lugar: si la atribución del suceso al ámbito de responsabilidad de la víctima se produce afirmando que a ésta corresponde una especial responsabilidad en el trato con sus propios bienes, la constatación de que en realidad, no se trata de una persona responsable, debe excluir la imputación a la víctima (por concurrir defectos de responsabilidad). En segundo lugar: si se ha propuesto definir la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima como imputación objetiva de la organización conjunta arriesgada, esta imputación objetiva no podrá producirse si desde la perspectiva (objetiva) de la víctima el suceso se presenta como una organización inocua para sus bienes (por concurrir defectos cognitivos). En estos casos, el suceso no podrá atribuirse al ámbito de responsabilidad de la víctima.

Partiendo de estas premisas, puede<sup>381</sup> suceder que la organización "conjunta" entre autor y víctima se presente en realidad como una organización del autor, que, en este sentido, instrumentaliza a la víctima y con ello realiza una conducta típica.

---

<sup>381</sup> También puede ocurrir que el suceso no le sea imputable al autor, por concurrir una de las causas generales de exclusión de la imputación objetiva de la conducta -que, como se ha visto (vid. *supra* § 9 I. B. 2. b), § 9 II. A.), operan en escalones sistemáticos previos a la imputación a la víctima-; entonces, lo ocurrido será un accidente.

2. De modo análogo a lo que se ha ido señalando en distintos puntos del presente estudio<sup>382</sup>, tampoco la determinación de cuándo concurre tal instrumentalización -y, por tanto, la afirmación de cuándo concurre una conducta típica por parte del autor- depende de modo directo de la configuración fenomenológica de la interacción entre víctima y autor. Dicho de modo sintético, lo decisivo -también aquí- no es tanto cómo se reparte la ejecución entre víctima y autor, sino la valoración normativa de la situación. En este sentido -y en coherencia con lo sostenido en relación con la estructura de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima-, puede afirmarse, desde el punto de vista material, la concurrencia de una relación de dependencia autor-instrumento tanto en supuestos en los que es la víctima la que ejecuta la conducta generadora del riesgo como en aquellos otros casos en los que es el autor quien la lleva a cabo. Al igual que estos últimos supuestos -concurriendo los presupuestos de la atribución del suceso al ámbito de responsabilidad de la víctima- pueden no dar lugar a una conducta objetivamente imputable del autor, la existencia de un supuesto de los mencionados en primer lugar no excluye *per se* la posibilidad de que la conducta del autor deba calificarse de típica.

---

<sup>382</sup> Vid. *supra* § 6 II. C. 3., § 9 I. A. 2.

3. De nuevo en coherencia con lo afirmado a lo largo de este estudio, el hecho de que deban examinarse en el presente contexto, como se habrá advertido, las respectivas situaciones subjetivas de autor y víctima, no implica que la solución pueda hallarse *per se* por una determinada constitución en el lado subjetivo de víctima o autor<sup>383</sup>. En este sentido, por ejemplo, ni la mera existencia de un deseo, por parte del autor- de que se produzca la lesión de la víctima, o de unos conocimientos superiores acerca del riesgo, puede bastar para afirmar su responsabilidad, igual que la mera ignorancia -por parte de la víctima- de alguno de los elementos del riesgo no puede convertirse en la razón de la responsabilidad del autor. Especialmente este último punto de partida implica que el análisis no podrá detenerse en la perspectiva de la víctima (paradigma: consentimiento), sino deberá tener en cuenta también -dicho de modo aproximativo, de momento- la influencia del autor sobre el suceso (paradigma: autoría mediata).

4. De todos modos, con lo dicho anteriormente, también queda claro que la figura de la autoría mediata<sup>384</sup> -que, por

---

<sup>383</sup> Cfr. *supra* § 4 II. A., § 5 II. C. 2. y 3. y § 9 I. A. 3.

<sup>384</sup> Que puede existir autoría mediata respecto de una conducta de la víctima (en la que es la conducta del hombre de atrás la que se imputa a título de autor, ya que la víctima no realiza una conducta típica) es una convicción común, cfr. respecto de esta posibilidad de momento sólo -en relación con supuestos de conductas de lesión-, por ejemplo, (continúa...)

lo demás, surge inmediatamente como punto de referencia al hablarse de la "instrumentalización" de la víctima- no puede ser más que un elemento parcial en la construcción de la solución, y ello en un doble sentido: en primer lugar, porque -en coherencia con la construcción propuesta en lo que se refiere a la institución de la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima- la solución a desarrollar respecto de las características de la "instrumentalización" ha de ser materialmente la misma para los supuestos en los que es la víctima la que ejecuta la acción generadora del riesgo (en los que podría hablarse de autoría mediata), como para aquellos otros casos en los que la víctima interviene en la organización conjunta en un papel menos destacado (casos en los que podría tratarse de autoría directa). En segundo lugar, porque -de nuevo, en coherencia con lo antes sostenido: la imputación a la víctima como problema del tipo objetivo común a delitos dolosos e imprudentes- la determinación de la existencia de una instrumentalización debe operar tanto respecto de los delitos imprudentes como dolosos,

---

<sup>384</sup> (...continuación)

Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 225 y ss.; Jakobs AT<sup>2</sup>, 7/118 y ss., 14/8; 21/88 y ss.; Jescheck/Weigend, AT<sup>6</sup>, § 62 II. 1.; Stratenwerth, AT I<sup>3</sup>, n.m. 774; Welzel, *Strafrecht*<sup>11</sup>, p. 281; Bacigalupo, *Estudios PE*<sup>2</sup>, pp. 57, 61; Bajo Fernández, *PE I*<sup>2</sup>, p. 78; Díez Ripollés, en: *idem/Gracia Martín, Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*, p. 213; Krey, *BT I*<sup>10</sup>, n.m. 101; Luzón Peña, "autoría e imputación objetiva en el delito imprudente", en: *idem, Derecho penal de la Circulación*<sup>2</sup>, pp. 99 y ss., 101; Muñoz Conde, *ADPCP* 1987, pp. 306 y ss.; Silva Sánchez, *ADPCP* 1987, pp. 468 y s.; Del Rosal Blasco, *ADPCP* 1987, p. 88, nota 69; Köhler, *ZStW* 104 (1992), pp. 23 y ss.; Juanatey Dorado, *Derecho, suicidio y eutanasia*, pp. 142 y s., 202; y, ampliamente, Hernández Plasencia, *La autoría mediata*, pp. 213 y ss.

y, como es sabido, es discutida la posibilidad de apreciar la existencia de autoría mediata en el ámbito de los primeros<sup>385</sup>.

En todo caso, también desde una perspectiva material -más allá de las razones sistemáticas acabadas de exponer- la autoría mediata sólo puede constituir un elemento de orientación, un vehículo de las razones de fondo que resultan decisivas para la solución. Pues como ha señalado W. Frisch, "de hecho, en estas constelaciones"<sup>386</sup>..., lo primero de lo que ha de tratarse es la cuestión acerca de cómo puede fun-

---

<sup>385</sup> Partiendo de un concepto presidido por un entendimiento subjetivo del dominio del hecho como base de la autoría mediata, no podrá apreciarse ésta en el ámbito de los delitos imprudentes. Es ésta la que podría considerarse opinión mayoritaria en Alemania, también representada en España; vid. sólo Jescheck/Weigend, AT<sup>6</sup>, § 62 I. 2.; Gómez Benítez, PG, p. 150. Partiendo de otras bases distintas, sin embargo, hay numerosos autores -que pueden considerarse el sector mayoritario en la doctrina española- que no ven obstáculo alguno a la afirmación de autoría mediata imprudente: en este sentido, por ejemplo, Rodríguez Mourullo, ADPCP 1969, p. 484; *idem*, ComCP I, pp. 818 y ss.; Cobo del Rosal/Vives Antón, PG<sup>3</sup>, p. 576; Luzón Peña, PG, p. 509; Jorge Barreiro, La imprudencia punible, pp. 125 y s.; Peñaranda Ramos, La participación, pp. 288 y ss., 292 con nota 158, 294; Calderón Cerezo, en: CGPJ (ed.), La imprudencia, pp. 29 y ss., 63; González Rus, en: CGPJ (ed.), Problemas de autoría, pp. 114 y s.; Díaz y García-Conlledo, voz "autoría", en: Enciclopedia Jurídica Básica, vol. I, (ABA-COR), p. 698, y, últimamente, con una fundamentación detenida, Hernández Plasencia, La autoría mediata, pp. 332 y ss., 334 y s., 335 y ss.; en la doctrina alemana, por ejemplo, ya Exner, FG Frank I, pp. 570 y s.; Jakobs, AT<sup>2</sup>, 21/113; *idem*, La autoría mediata, *passim*, insertando el problema en la teoría de la imputación objetiva; Schumann, Selbstverantwortung, p. 110; W. Frisch habla -en relación con la conducta de la víctima- de situaciones "paralelas en el ámbito de la imprudencia" (vid., de momento, NStZ 1992, p. 64 con nota 80); en sentido similar, Seier, JA 1984, p. 534; en lo material y precisamente respecto del ámbito que aquí interesa, también Walther, Eigenverantwortlichkeit, pp. 176 y ss. (cfr. también sobre el punto de vista de esta autora la exposición *supra* § 6 II. B. 3.).

<sup>386</sup> Refiriéndose a los supuestos de defectos cognitivos de la víctima.

damentarse la creación desaprobada del riesgo, ya que ésta también constituye, en todo caso, un presupuesto de la figura de pubibilidad de la autoría mediata"<sup>387</sup>. Desde esta perspectiva, el dominio del hecho -con independencia de que pueda fundamentarse también respecto de conductas imprudentes<sup>388</sup>- no puede ser el único punto de referencia para la construcción de la solución que aquí interesa, ya que incluso "en los casos de una conducta directa [del autor] en la que no cabe duda acerca de la concurrencia de dominio del hecho, antes ha de desvirtuarse el argumento de la posible autoprotección" -desde la perspectiva aquí defendida: la posibilidad de una imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima-, "para lo que ha de recurrirse a consideraciones muy distintas del dominio del hecho"<sup>389</sup>. La determinación de la instrumentalización de la víctima por parte del autor, por lo tanto, no depende sólo del "dominio" por parte de éste último, sino ha de partir de la delimitación de ámbitos de responsabilidad en la que la figura de la víctima, como se ha venido señalando, también juega un papel importante. En particular, como acaba de señalarse, parece claro que la relación de instrumentalización no puede quedar de-

---

<sup>387</sup> *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 211; vid. también op. cit., pp. 155 y s., 168, nota 59, 215, nota 236.

<sup>388</sup> Cfr , especialmente, la aproximación de **Luzón Peña** con el concepto de la "determinación objetiva del hecho"; vid. las referencias supra § 6 II. B. 2.

<sup>389</sup> **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 212.

terminada sencillamente por una determinada voluntad<sup>390</sup> por parte del autor, sino que debe existir algún tipo de incidencia real de la conducta del autor en el suceso<sup>391</sup>.

5. Al abordar los dos sectores de problemas a los que se aludía al principio -defectos de responsabilidad y defectos cognitivos de la víctima- será de especial interés tomar como punto de referencia la discusión paralela existente en el campo de las conductas de lesión, especialmente respecto de la fundamentación de la responsabilidad a título de autor mediato de un tercero que interviene en un suicidio ajeno. En relación con esta cuestión, se ha generado especialmente en la doctrina alemana una intensa discusión, motivada sobre todo por el hecho de que en el caso del ordenamiento alemán, a falta de una incriminación de conductas de auxilio o inducción al suicidio, la frontera de la intervención del Derecho penal se sitúa, en los casos en los que es la víctima la que ejecuta la acción de suicidio, en la disyuntiva entre

---

<sup>390</sup> De modo que parece que el término "dominio por voluntad" (*Willensherrschaft*) acuñado sobre todo por **Roxin** (*LK*<sup>II</sup>, § 25 n.m. 48) sólo expresa de modo incompleto aquello de que se trata: lo decisivo está en las consecuencias normativas de esa voluntad (cfr. en este sentido sólo **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 157)

<sup>391</sup> Vid. en este sentido -desde distintas perspectivas- sólo **Jakobs**, *AT*<sup>2</sup>, 21/58a; **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, pp. 61 y s.

autoría mediata de homicidio o asesinato o participación impune en un suicidio<sup>392</sup>.

En este punto, se plantea, en primer lugar y como interrogante común a ambos sectores, la cuestión acerca de cuál es la relación que existe entre las reglas elaboradas respecto de la autoría mediata en la que el instrumento se utiliza para lesionar a un tercero y la determinación de las reglas de autoría mediata en la que el instrumento y el sujeto lesionado son idénticos. Simplificando la situación en la doctrina, puede decirse que hay dos grandes grupos de opinión: mientras unos sostienen que la situación en el suicidio exige una determinación distinta, más amplia de los criterios

---

<sup>392</sup> Como señala, por ejemplo, **Silva Sánchez**, ADPCP 1987, p. 457; paradigmática de esa sensación de excepcionalidad que impregna toda la discusión en Alemania en esta materia es, por ejemplo, la argumentación de **Neumann**, JA 1987, pp. 252 y s. De todos modos, no debe olvidarse que también existe la necesidad de distinguir ambos supuestos en un ordenamiento como el español, ya que también en un sistema en el que se incrimina la participación en el suicidio, la concurrencia de una autoría mediata debe conducir a un castigo por homicidio o asesinato; vid. sólo **Del Rosal/Cobo del Rosal/Rodríguez Mourullo**, PE, p. 265; **Muñoz Conde**, ADPCP 1987, pp. 306 y ss.; **Sancinetti**, DP 1988, pp. 264 y ss.; últimamente, **Hernández Plasencia**, *La autoría mediata*, pp. 213 y ss., 222.



de autoría mediata<sup>393</sup>, un amplio sector es partidario de una aplicación más o menos idéntica de las reglas generales<sup>394</sup>.

Lo cierto es que, en efecto, en un caso se trata de un hecho, en principio, punible -cuyas características esenciales determina el ordenamiento-, mientras que en el caso de la autolesión se trata de un hecho atípico, cuyo contenido esencial -por ejemplo, a efectos de error-, claro está, no es fijado en la Ley. Esta divergencia estructural se aprecia con claridad en el siguiente ejemplo relativo a la provocación de un error propuesto por **Neumann**<sup>395</sup>: en el ámbito del así llamado error sobre la motivación, parece claro que carece de relevancia desde el punto de vista de la valoración jurídica el error que A provoca en B indicándole que el sujeto X cuyo homicidio le propone A a B es amante de la mujer de B. Pues el ordenamiento jurídico exige de B que se abstenga de la realización del homicidio aún en el caso de que fuera cierto que X es amante de la mujer de B (por lo tanto,

---

<sup>393</sup> Cfr. con especial claridad **Neumann**, JA 1987, pp. 250 y ss., 251 y s., 256; **S/S<sup>24</sup>-Bser**, n.m. 36 y ss. previos al § 211; **Herzberg**, JA 1985, pp. 336 y ss.; **Meyer**, *Autonomie*, pp. 221 y ss.; **Köhler**, ZStW 104 (1992), p. 26; antes ya **Roxin**, *Täterschaft und Taherrschaft*, p. 228 (**Roxin**, sin embargo, ha ido modificando este punto de partida original, como se tendrá ocasión de observar); respecto del ámbito de la "autopuesta en peligro", cfr. también **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 178 y s.

<sup>394</sup> Vid. sólo **Roxin** LK<sup>11</sup>, § 25 n.m. 66, 106: no pueden aplicarse las reglas generales "directamente", pero sí de modo análogo; en esta línea también **Bottke**, *Suizid*, pp. 22, 31, 250 y ss.; **idem**, GA 1983, p. 31; **Charambalakis**, GA 1986, pp. 497 y s.; **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, p. 173; **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 187 y s.

<sup>395</sup> JA 1987, p. 252.

inducción y no autoría mediata de A). Como es evidente, si A hace creer, en cambio, a B, por citar otros casos habituales en la bibliografía alemana, que él (B) padece una grave enfermedad, o que un determinado club de fútbol<sup>396</sup> ha perdido su último partido, no hay criterios establecidos por el ordenamiento acerca de cuál es la reacción de B que cabe "esperar" desde el punto de vista jurídico de B (por ejemplo, suicidarse o no). Parece, entonces, que los criterios de autoría mediata en caso de suicidio que en el apartado si guiente se exponen de modo muy sintético respecto de ambos sectores de defectos de la víctima no pueden ser una mera traslación de los generales de autoría mediata (para la lesión de un tercero). En este sentido, parece ya a primera vista, que la tesis "amplia" se halla determinada de modo esencial por el dilema -antes mencionado- al que se enfrenta la doctrina alemana en esta materia: o afirmar la existencia de un homicidio o asesinato en autoría mediata o la absoluta impunidad. Evidentemente, no existe tal problema en nuestro ordenamiento, que permite en estos casos la punición por participación en el suicidio.

---

<sup>396</sup> Supuesto utilizado, por ejemplo, por Charambalakis, GA 1986, p. 502, Muñoz Conde, ADPCP 1987, p. 316, Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*<sup>6</sup>, p. 599.

En todo caso, esta discusión no necesita ser expuesta de modo más amplio en el marco de las presentes consideraciones<sup>397</sup>; ha de subrayarse, en todo caso -y como se verá a continuación-, que la riqueza argumentaciones en ámbito de la intervención de un tercero en un suicidio contrasta vivamente con un práctico silencio de los distintos autores cuando se trata de una puesta en peligro<sup>398</sup>, ámbito en el cual las tomas de postura suelen ser muy sintéticas y se presentan a menudo a través de meras fórmulas.

Lo que cabe esperar que haya quedado ya claro en el marco de estas consideraciones introductorias es que en la discusión acerca de la autoría mediata -determinada de modo esencial por reflexiones atinentes a casos de suicidio y a las especiales circunstancias que concurren en este ámbito- hay un aspecto esencial que parece haberse perdido de vista: que la víctima-instrumento es un sujeto que tiene un ámbito de responsabilidad propio, y que no hay un tercero lesionado. Esta idea queda expuesta con toda claridad en palabras de **Jakobs** (respecto de la autoría mediata en supuestos de un instrumento no-doloso):

---

<sup>397</sup> Que, como se ha dicho antes, divergen en un doble sentido del ámbito de la lesión-suicidio: a) ni están limitadas a los supuestos de comportamiento dolosos por parte del posible autor (mediato), sino que intentan una determinación objetiva, b) ni están limitadas a los supuestos en los que es la propia víctima la que ejecuta la acción arriesgada, sino que intentan una determinación general del reparto de responsabilidades para distintos grados de implicación en la ejecución.

<sup>398</sup> Así lo señala **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 159.

"En el caso de la autolesión, la víctima coincide con el instrumento; en esta situación, resulta más fácil exonerar a la persona de atrás que en casos de heterolesión. En el ámbito de la heterolesión, conforme al Derecho positivo la participación en un hecho no doloso tan sólo se convierte en autoría mediata porque la falta de cuidado del instrumento no constituye razón alguna para exonerar a la persona de atrás frente a la víctima; por ello se considera que la persona de atrás ostenta una reponsabilidad preferente frente a la víctima. Sin embargo, siendo idénticos instrumento y víctima, la persona de atrás puede invocar la propia responsabilidad del sujeto que es instrumento y víctima"<sup>399</sup>.

Esta consideración las repercusiones de la ausencia de un tercero lesionado- refuerza para el sector concreto de la autoría mediata -o, dicho en general, de las situaciones de superioridad del autor- la conclusión general ya antes alcanzada<sup>400</sup> de que a la hora de introducir la figura de la víctima debe valorarse la interacción conjunta entre autor y víctima teniendo en cuenta el ámbito de responsabilidad específico que a ésta última corresponde en el trato con sus propios bienes. Trasladado esto al ámbito que ahora interesa: no son los hechos desnudos, una mera superioridad fáctica del autor frente a la víctima la que puede determinar la

---

<sup>399</sup> AT<sup>3</sup>, 7/78; cfr. también *idem*, "La organización de autolesión y heterolesión", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*, VIII. 1., 2.; en sentido similar también W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 182 y ss.

<sup>400</sup> Cfr. especialmente *supra* § 9 I. A. 4.

atribución de responsabilidad<sup>401</sup>, sino la delimitación de ámbitos de responsabilidad que derive de esa situación fáctica.

---

<sup>401</sup> Vid., desde perspectivas opuestas, pero coincidiendo en esto, sólo **Jakobs**, *La autoría mediata*, pp. 19 y s.; **idem**, "La organización de autolesión y heterolesión", en: **idem**, *Estudios de Derecho penal*, texto posterior a la nota 13; **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, pp. 61 y s.

## II. Intervenciones típicas del autor en ----- la esfera de la víctima -----

En lo que sigue, se tratará de ofrecer una delimitación de los criterios que permiten afirmar que existe la relación de instrumentalización acabada de mencionar -relación que excluye la imputación al ámbito de responsabilidad de la víctima-, y ello respecto de los dos sectores a los que se aludía al principio: en primer lugar, aquellos supuestos en los que la víctima, bien por estar en una situación especial, bien de modo constitucional, no puede ser considerada responsable (defectos de responsabilidad, *infra* A.). En segundo lugar, aquellos casos en los que la situación se presenta desde la perspectiva objetiva de la víctima como un suceso inocuo por desconocer ésta -de modo no imputable a su ámbito de responsabilidad- elementos esenciales del suceso (defectos cognitivos, *infra* B.).

### A. Defectos de responsabilidad de la víctima

#### 1. Introducción

Se trata ahora de delinear cuáles son los criterios con base en los cuales ha de determinarse que la víctima no es "responsable", por lo que no puede producirse una imputación del suceso a su ámbito de responsabilidad. Para abordar esta

cuestión ha de recordarse<sup>402</sup>, ante todo, que "...al hablarse de la determinación del ámbito de responsabilidad del titular del bien jurídico, no debe perderse de vista que el Derecho penal **no** pretende responsabilizar al **titular del bien jurídico**. El punto de partida está siempre en la **exclusión** de la imputación a favor del **autor**. Por ello, el criterio para la responsabilidad positiva [de la víctima] sólo puede ser elaborado con base en el Código penal de modo indirecto"<sup>403</sup>. Por ello, en todo caso, las referencias a situaciones paralelas fijadas por el ordenamiento para la responsabilidad del autor no pueden ofrecer una solución inmediata para el problema que aquí interesa.

La problemática de la responsabilidad de la víctima puede agruparse en torno a dos cuestiones: las situaciones de inferioridad de la víctima determinadas por factores constitucionales de ésta, por un lado (*infra* 2.), y aquellas situaciones de inferioridad en las que es una determinada constelación del suceso la que provoca la inferioridad (*infra* 3.), por otro.

El estado de la cuestión en la doctrina -que, como se ha señalado antes, está centrada sobre todo en las constelacio-

---

<sup>402</sup> Vid. *supra* § 9 I. B. 1. b).

<sup>403</sup> Walther, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 97 (subrayado en el original); vid. también *eadem*, op. cit., p. 105, y en sentido similar W. Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 162 y ss., 225.

nes de lesión, especialmente en el suicidio- puede caracterizarse distinguiendo dos grandes bloques de opinión: por un lado, están los autores que creen que los criterios determinantes han de encontrarse en el ámbito de la institución del consentimiento. Esta postura conduce a declarar la falta de responsabilidad de aquella víctima que no tiene la capacidad necesaria para consentir, o que se encuentra en una situación de presión que invalidaría su consentimiento. Por otra parte, hay un sector de la doctrina que sostiene que los criterios para establecer el carácter responsable de la víctima deben construirse a partir de las reglas de imputabilidad que el ordenamiento prevé para los autores de hechos punibles, lo que conduce a afirmar, en principio, que carecerá de responsabilidad a efectos de la imputación del suceso a su ámbito de responsabilidad aquella víctima que no sea mayor de edad (art. 19 CP) o se encuentre incurso en alguno de los estados previstos en los números 1°, 2, ° 3° o 7° del art. 20 CP<sup>404</sup> -en cuanto a las causas constitucionales-, mientras que tampoco será responsable aquella víctima que sufra una presión equiparable a la que concurre en el estado de necesidad exculpante -en lo que se refiere a las causas situacionales-. No resulta del todo sencillo establecer cuál de las dos orientaciones expuestas a grandes rasgos resulta mayoritaria. Quizás pueda afirmarse que mientras que la segunda de las orientaciones era claramente mayoritaria hasta

---

<sup>404</sup> En Alemania, los §§ 19 y 20 StGB y el § 3 de la Ley de Tribunales de menores (*Jugendgerichtsgesetz*).



hace algunos años, últimamente empieza a aumentar el caudal de seguidores de la primera.

En todo caso, en la exposición que sigue habrá de tenerse en cuenta que los criterios que finalmente se obtengan no tienen una relevancia autónoma, sino que deben ser insertados en el modelo de imputación delineado con anterioridad (*infra* 4.).

## **2. Defectos de responsabilidad constitucionales**

Se trata ahora de determinar cuáles son las características constitucionales que deben poder predicarse del titular del bien jurídico para que proceda afirmar que se trata de una víctima responsable.

### **a) Aplicación de las reglas del consentimiento**

Como se ha adelantado, un sector de la doctrina ha propuesto recurrir a las reglas del consentimiento para hallar los criterios en cuestión, incluyendo en ocasiones la exigencia de que este consentimiento cumpla con las características de la petición "seria" a la que se refiere el § 216 StGB en el

ámbito del homicidio a petición<sup>405</sup>. Conforme a este punto de vista, por lo tanto, ha de comprobarse que concurren los requisitos que constituyen la base necesaria para otorgar validez al consentimiento<sup>406</sup>.

Frente a este punto de vista cabe hacer remisión a los argumentos que se han esgrimido ya en un punto anterior en contra del recurso a la institución del consentimiento como solución general al problema de la intervención de la víctima<sup>407</sup>: en efecto, por un lado, la reconducción del problema a la exclusiva perspectiva de la víctima no puede abarcar adecuadamente el problema de la interacción entre autor y víctima -mucho menos en el ámbito que aquí interesa, en el

---

<sup>405</sup> Cfr., por ejemplo, *LK<sup>11</sup>-Jähne*, n.m. 26 previo al § 211; *SK-Horn*, § 212 n.m.15; *S/S<sup>21</sup>-Eser*, n.m. 36 previo al § 211; *Lackner*, StGB, n.m. 13b previo al § 211; *Krey*, BT 1<sup>10</sup>, n.m. 87, 89; *Geilen*, JZ 1974, pp. 151 y s.; *Meyer*, Autonomie, pp. 139 y ss., 148 y ss., 221 y ss.; *Herzberg*, JA 1985, pp. 340 y ss.; *Neumann*, JuS 1985, pp. 679 y ss.; *idem*, JA 1987, pp. 244 y ss., 251 y ss.; *Brandts/Schlehofer*, JZ 1987, pp. 443 y ss.; *Otto*, FS Tröndle, p. 174; *W. Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, pp. 166 y ss., 222 (debe señalarse, sin embargo, que *Frisch* sólo coincide con esta solución en el ámbito de los defectos de responsabilidad, mientras que en relación con los defectos cognitivos propugna una solución de corte más objetivo; vid. op. cit., pp. 222 y ss. e infra § 10 II. B.); *Köhler*, ZStW 104 (1992), pp. 25 y s.; *Walther*, por su parte, propone combinar ambos criterios: las reglas de imputabilidad como base mínima, y las reglas del consentimiento como criterio operativo (*Eigenverantwortlichkeit*, pp. 107 y s., 109 y s.; sobre la postura de *Walther* en este contexto vid. también supra § 5 II. C. 1. c).

<sup>406</sup> Cfr. sólo *Jescheck/Weigend*, AT<sup>6</sup>, § 34 IV.; *Mir Puig*, PG<sup>4</sup>, 19/29 y ss.

<sup>407</sup> Cfr. supra § 5 II. C. 2. y 3.

que no se trata de conductas directamente dirigidas a la lesión<sup>408</sup>- y conduce a una ampliación inadecuada de la punibilidad de la conducta del autor especialmente en el ámbito de posibles errores de la víctima<sup>409</sup>. Por otro lado, y en la dirección contraria, la referencia a la capacidad natural que implica el recurso a los requisitos del consentimiento supone una ampliación, también injustificada, esta vez del ámbito de "responsabilidad" de la víctima, que no cuadra con los fundamentos generales del principio de autoresponsabilidad<sup>410</sup>. Finalmente, el recurso a la "seriedad" de la petición que se añade a los requisitos generales del consentimiento, en paralelismo con la regulación del § 216 StGB, supone la ampliación del requisito a un ámbito que no se halla cubierto por su ratio. En efecto, como ha señalado **Roxin**, la referencia a la seriedad de la petición puede tener sentido para calificar -desde la perspectiva del autor- la situación en la que se encuentra quien se ve motivado por la petición de la víctima<sup>411</sup>. Pero esta característica no dice nada -ni su

---

<sup>408</sup> Pues en última instancia -como se ha señalado ya *supra* § 5 II. A. 1. desde una perspectiva general la aplicación de este criterio conduciría a que en puridad de términos no pueda haber prácticamente nunca un sujeto responsable en el ámbito de la puesta en peligro: como reconoce el propio **Herzberg** (JA 1985, p. 270) -quien es un decidido partidario del recurso a las reglas del consentimiento- no existe en este ámbito ninguna decisión completamente responsable, ya que la víctima -a diferencia de los casos de suicidio- ha calibrado mal -al menos, visto *ex post*- el riesgo.

<sup>409</sup> Cfr. *infra* § 10 II. B.

<sup>410</sup> Vid. *infra* en el texto.

<sup>411</sup> Cfr. ahora también la regulación paralela contenida en el art. 143.4 CP respecto del ámbito de la eutanasia.

inclusión en el texto legal tiene esta finalidad- acerca del carácter responsable de quien la hace, atribuyéndose, además, una potestad a los tribunales -juzgar cuando una conducta es "seria" desde la perspectiva interna de quien la formula- que no les puede corresponder<sup>412</sup>.

#### b) Aplicación de las reglas de imputabilidad

Otro sector de la doctrina, por el contrario, estima que los criterios determinantes pueden obtenerse mediante una aplicación analógica de las reglas de imputabilidad establecidas en el ordenamiento jurídico-penal para los autores de hechos delictivos<sup>413</sup>. En contra de este punto de vista se ha argumentado, sobre todo, que se estaría intentando trasladar al ámbito de la víctima instituciones que no cuadran en este

---

<sup>412</sup> Roxin, FS Dreher, pp. 345 y s.

<sup>413</sup> En este sentido, por ejemplo, Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*<sup>6</sup>, pp. 236 y s., 645 y s.: tratándose de una situación de falta de capacidad de comprensión, cualquier colaboración del autor dará lugar a responsabilidad, en caso de falta de capacidad de motivación, sólo cuando la aportación del autor sea constitutiva de inducción, si se trata sólo de una conducta de complicidad, no habrá autoría mediata; en esta línea también *idem*, FS Dreher, p. 343; Hirsch, JR 1979, pp. 429 y ss.; Bottke, *Suizid*, pp. 247 y ss.; *idem*, GA 1983, pp. 26 y ss., 30 ss.; Dölling, GA 1984, pp. 71 y ss., 78 y ss.; Charambalakis, GA 1986, pp. 489 y ss.; Jakobs, AT<sup>3</sup>, 21/71, 21/97 y s.; *idem*, La autoría mediata, pp. 25 y s.; *idem*, "La organización de autolesión y heterolesión", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*, VIII. 4.; Reyes Alvarado, *Imputación objetiva*, pp. 178 y ss.; Zaczyk, *Selbstverantwortung*, pp. 43 y s. En lo que se refiere a la cuestión del suicidio, esta postura viene a coincidir con la definición clásica en la doctrina española del suicidio como muerte de un imputable; vid. sólo Torío López, LH Serrano y Serrano, p. 663; Bajo Fernández, PE I<sup>2</sup>, p. 78.

contexto, ya que la conducta de la víctima en todo caso es atípica. En este sentido, dice **Neumann** -respecto del suicidio, pero con igual validez respecto de las conductas de puesta en peligro- que si la base de la imputabilidad está en la capacidad del autor de comprender el injusto del hecho y de actuar conforme a esa comprensión, parece difícil que pueda decirse con certeza qué es lo que significa para la víctima comprender el alcance del hecho y, sobre todo, actuar conforme a esa comprensión<sup>414</sup>. En favor de esta posición se aduce, sobre todo, que el ordenamiento jurídico ha establecido con las reglas relativas a la imputabilidad del autor unos criterios de responsabilidad para el comportamiento personal de un sujeto, de modo que ello permitiría alcanzar con mayor facilidad resultados seguros mediante el recurso (analógico) a estas reglas para la víctima<sup>415</sup>.

Desde la perspectiva aquí adoptada, es ésta la orientación más adecuada para establecer los criterios de responsabilidad de la víctima. Pues si el punto de partida de toda la delimitación de ámbitos de responsabilidad entre víctima y autor está en atribuir un ámbito de responsabilidad prefe-

---

<sup>414</sup> **Neumann**, JuS 1985, p. 679; en sentido similar también **Herzberg**, JA 1985, pp. 336 y ss.; en relación con los supuestos de puesta en peligro, **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 167 y s.; **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 106 y s.; **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 187 y s.; desde la perspectiva de la autoría mediata, **Hernández Plasencia**, *La autoría mediata*, pp. 238 y ss.

<sup>415</sup> Vid. sólo **Roxin**, FS Dreher, p. 345 y s.; en el mismo sentido, *idem*, LK<sup>11</sup>, § 25 n.m. 67

rente al titular de los bienes en cuestión en virtud de su carácter de sujeto autónomo, parece que habrá de tomarse como referencia su caracterización como sujeto responsable en sí (y no el ejercicio de tal autonomía consentimiento). En este sentido, las reglas que el ordenamiento establece para exigir responsabilidad a un sujeto pueden constituir el punto de referencia para decidir si éste debe entrar en el sistema de imputación como factor normativo.

En lo que se refiere a la problemática de los sujetos en estados paralelos a los de semiinimputabilidad, parece que lo más adecuado será excluir también aquí la calificación de la víctima como "responsable"<sup>416</sup>.

En todo caso, en la disyuntiva entre ambas direcciones doctrinales debería tenerse en cuenta lo siguiente: con cierta frecuencia parece que en la discusión se parte de modo implícito de que el criterio configurado por las reglas de imputabilidad conlleva, en principio, un ámbito menor de criminalización de la conducta del autor que el criterio del consentimiento. Si bien esto es correcto a grandes rasgos -a causa de las elevadas exigencias que este criterio plantea al estado de conocimientos y voluntad de la víctima-, lo

---

<sup>416</sup> Respecto del suicidio, vid. sólo **Silva Sánchez**, ADPCP 1987, p. 460; en el mismo sentido desde la perspectiva de la autoría mediata, **LK<sup>11</sup>-Roxin**, § 25 n.m. 120 y ss.; respecto de la puesta en peligro, **Roxin**, AT I<sup>2</sup>, 11/93; **Stree**, JuS 1985, pp. 182 y s.; **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 172 y ss., 222.

cierto es que esa constatación no se ajusta a la realidad en tal formulación general. Pues el recurso a las reglas de la imputabilidad implicará con cierta frecuencia que determinados sujetos con capacidad de consentir, pero no imputables jurídico-penalmente, no adquieran relevancia a efectos de influir en la calificación de la conducta del autor. Debe concluirse, entonces, que no puede establecerse de modo mecánico cuál de los dos puntos de vista conlleva soluciones más "liberales".

### 3. Defectos de responsabilidad situacionales

La falta de responsabilidad de la víctima -y la posibilidad de imputar el suceso al autor- puede generarse también porque ésta se encuentre en una situación en la que se ve compelida a la realización de la conducta arriesgada en virtud de una conducta del autor que de algún modo -dicho, de momento, en términos aproximativos- la fuerza a ello.

Como es lógico, el sector de la doctrina que respecto de las situaciones de defectos constitucionales propone recurrir a los criterios del consentimiento, hace aquí lo mismo; por lo tanto, cualquier coacción que bastaría para privar de validez al consentimiento eliminará también el carácter respon-

sable de la víctima<sup>417</sup>. Desde la perspectiva aquí adoptada, como es natural, las mismas razones que desaconsejan seguir este punto de vista respecto de los defectos de carácter constitucional, implican también en este contexto optar por otra solución.

La corriente doctrinal que en relación con los defectos constitucionales defiende la aplicación analógica de las reglas de imputabilidad, por otro lado, se halla dividida en este punto: mientras un amplio grupo de autores propone hallar el límite en una aplicación analógica del estado de necesidad exculpante<sup>418</sup>, otros autores, con un punto vista considerablemente más amplio en lo que se refiere a la exclusión del carácter "responsable" de la víctima, sostienen que cualquier conducta de ésta que pueda estimarse "cuasi justificada" conforme a los criterios del estado de necesi-

---

<sup>417</sup> Cfr., por ejemplo, *SK-Horn*, § 212 n.m. 11 y ss.; *Lackner*, *StGB*, n.m. 13b previo al § 211; *Krey*, *BT* 1<sup>10</sup>, n.m. 89; *Geilen*, *JZ* 1974, pp. 151 y s.; *Herzberg*, *JA* 1985, pp. 336 y ss.; *Neumann*, *JuS* 1985, pp. 679 y s.; *Brandts*, *Jura* 1986, p. 495; *Brandts/Schlehofer*, *JZ* 1987, p. 444; *Otto*, *AT*<sup>4</sup>, § 21 IV 4. d); *W. Frisch*, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 166 y s.; *Walther*, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 194 y ss.

<sup>418</sup> Vid., por todos, *LK<sup>11</sup>-Roxin*, § 25 n.m. 66; ya *idem*, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 161 y ss.; *idem*, *FS Dreher*, pp. 331 y ss.; *idem*, *Täterschaft und Tatherrschaft*<sup>6</sup>, pp. 642 y ss.; *S/S<sup>24</sup>-Cramer*, § 25 n.m. 10; *SK-Samson*, § 25 n.m. 30; *Stratenwerth*, *AT* I<sup>3</sup>, n.m. 774; *Hirsch*, *JR* 1979, p. 432; *Bottke*, *Suizid*, pp. 247 y ss.; *idem*, *GA* 1983, pp. 30 y ss.; *Charambalakis*, *GA* 1986, pp. 489 y ss., 498 y ss..



dad justificante<sup>419</sup> elimina la responsabilidad de la víctima.

Respecto de la primera de las opciones se aduce el argumento de que si bien el criterio del estado de necesidad exculpan- te -en cuanto criterio de la autoría mediata "normal"- no puede ser trasladado de modo directo a los supuestos de au- tolesión (ya que la conducta del instrumento-víctima no constituye en ningún caso injusto, y falta, por lo tanto, la motivación contraria de no realizar un injusto), sí procede una aplicación analógica<sup>420</sup>, ya que el ordenamiento, al es-

---

<sup>419</sup> Así, con diversos matices, **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 21/97; *idem*, La autoría mediata, pp. 29 y s.; *idem*, "La organización de autolesión y heterole- sión", en: *idem*, Estudios de Derecho penal, VIII. 3., texto correspon- diente a las notas 18 y s.; le sigue **Göbel**, *Einwilligung*, pp. 115 y ss., respecto de supuestos de lesión; respecto de casos de puesta en peligro en el mismo sentido, vid. **Jakobs**, ZStW 89 (1977), p. 34, **Rudolphi**, JuS 1969, p. 557, **Wolter**, *Zurechnung*, pp. 345 y s.. Vid. también lo dicho supra § 9 II. B. 2. c)

Las reglas del estado de necesidad justificante cuya aplicación se pro- pone son concretamente las del estado de necesidad defensivo, ya que -en palabras de **Jakobs** ("La organización de autolesión y heterolesión", en: *idem*, Estudios de Derecho penal, VIII. 3., texto correspondiente a las notas 18 y s.; vid. también **Göbel**, *Einwilligung*, p. 117)- "...la confi- guración básica del estado de necesidad justificante, el estado de nece- sidad agresivo, contiene un elemento que no cuadra en el caso de la autolesión: el requisito de que el daño causado sea considerablemente inferior al interés que se preserva. Este requisito de la concurrencia de una utilidad considerable tiene una buena razón en la configuración básica, ya que se trata de intervenir en los intereses de una persona que no tiene nada que ver con el peligro que hay que evitar: se pretende que la persona no implicada no tenga que soportar la solución del con- flicto a su costa a cambio de cualquier ventaja pequeña, sino sólo en caso de que el daño que pueda producirse sea considerable, de manera que el perjuicio de quien debe tolerar la intervención sea considerablemente inferior. Sin embargo, si los intereses a sacrificar y los que deben preservarse pertenecen a una sola persona, la redistribución de los intereses es adecuada mientras haya cualquier tipo de ventaja, más aún, mientras no se obtenga un resultado irracional..." (sin subrayado en el original).

<sup>420</sup> Así, por ejemplo, **LK<sup>11</sup>-Roxin**, § 25 n.m. 66.

tablecer los criterios del estado de necesidad exculpante, ha fijado el umbral de presión psíquica que se espera que pueda resistir un sujeto (constitucionalmente) imputable<sup>421</sup>. Frente a este razonamiento se contrargumenta que en los supuestos de autolesión, el ordenamiento no tiene ninguna expectativa respecto de la conducta de la víctima<sup>422</sup>, lo que los partidarios de la segunda de las tendencias enunciadas recurrir al estado de necesidad justificante- toman como base para rechazar la aplicación analógica del estado de necesidad exculpante, ya que al no existir una redistribución del conflicto a costa de terceros -como sucede en el estado de necesidad exculpante-, cualquier reorganización razonable o al menos comprensible de los bienes por parte de la víctima debe considerarse válida, excluyendo, por tanto, su carácter responsable.

Este último punto de vista, sin embargo, se enfrenta a objeciones de peso. En efecto, en primer lugar, el recurso a los criterios del estado de necesidad justificante desemboca en última instancia en la afirmación de que la conducta de la víctima ha de ser "razonable", lo que constituye una delimitación muy poco concreta<sup>423</sup>. En segundo lugar, la amplitud

---

<sup>421</sup> Vid. sólo **Bottke**, *Suizid*, p. 257.

<sup>422</sup> Así, por ejemplo, **Neumann**, *JuS* 1985, p. 680, desde la perspectiva de quienes defienden la aplicación de las reglas del consentimiento.

<sup>423</sup> En este sentido también **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 209 y s.

de los supuestos que en aplicación de este criterio quedan en el ámbito de la falta de responsabilidad de la víctima no introduce de modo suficiente en el contexto de imputación el carácter responsable de ésta. Por ello, parece más adecuado tomar como punto de referencia -con la doctrina mayoritaria- los criterios del estado de necesidad exculpante.

#### **4. Los defectos de responsabilidad de la víctima en el sistema de imputación**

Más allá de la determinación de cuáles son los criterios para afirmar o excluir el carácter responsable de la víctima, ha de tenerse en cuenta que éste es un dato que ha de introducirse en la situación de interacción entre víctima y autor. Como es lógico, esta cautela cobra especial relevancia en lo que se refiere a las situaciones de ejecución simultánea -o en gran proximidad temporal- de la actividad conjunta de autor y víctima: en estos casos, se trata de valorar la concurrencia o no de la responsabilidad en la víctima concreta que el autor tiene delante<sup>424</sup>. En este contexto, el análisis no puede limitarse a una constatación interna -desde la perspectiva de la víctima- de la responsabilidad de la víctima, sino que este análisis debe producirse desde la perspectiva de la interacción entre ambos: como

---

<sup>424</sup> Mientras que en el ámbito de aportaciones sucesivas separadas en el tiempo de autor y víctima, como es claro, los criterios determinantes vienen dados por expectativas de carácter más abstracto.

ha dicho **Herzberg** en relación con el suicidio, "...no se tiene suficientemente en cuenta que el suicida no lleva impreso en la frente si su decisión es libremente responsable"<sup>425</sup>. En efecto, la responsabilidad o no de la conducta de la víctima debe introducirse en el contexto objetivo del suceso. Cualquier apreciación "esencialista" en este ámbito no tiene en cuenta que la valoración jurídico-penal en este contexto no puede limitarse a lo que sucede respecto de uno de los dos intervinientes<sup>426</sup>. Más allá de esto, esta perspectiva conduciría de modo inexorable a insuperables problemas de prueba, frente a la dificultad de la comprobación del estado fáctico-real de la víctima<sup>427</sup>. Por ello, tiene razón **W. Frisch** al exigir que existan indicios concretos de un estado de falta de responsabilidad de la víctima<sup>428</sup>.

---

<sup>425</sup> **Herzberg**, JA 1985, p. 267; como se ha señalado *supra*, **Herzberg** hace esta afirmación -justo en la dirección contraria de la que aquí se propone- para exigir criterios más restrictivos -consentimiento- en cuanto a la responsabilidad de la víctima.

<sup>426</sup> En sentido similar **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 183, nota 58, 185 y ss.

<sup>427</sup> En este sentido la resolución en el caso de la entrega de la jeringuilla (BGHSt 32, pp. 262 y ss.; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. A. 2.), al afirmar el BGH que la víctima "posiblemente" actuó de modo responsable, de manera que *in dubio pro reo* había que suponer que eso fue lo que sucedió.

<sup>428</sup> Cfr *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 160 y ss., 162.

## B. Defectos cognitivos de la víctima

### 1. Introducción

En lo que sigue, se trata de analizar cuáles son los criterios que en una situación de desnivel de conocimientos entre víctima y autor permiten afirmar que el autor está instrumentalizando a la víctima, de modo que debe excluirse la imputación al ámbito de responsabilidad de ésta última, por presentar ésta defectos cognitivos. Al igual que en el ámbito de los defectos de responsabilidad, ha de tomarse como punto de partida la discusión doctrinal desarrollada a este respecto -de nuevo, sobre todo en la bibliografía alemana- en relación con la intervención en un suicidio ajeno. A diferencia de lo que sucede en el caso de los defectos de responsabilidad, sin embargo, cabe constatar que en este contexto sí puede hablarse de una posición mayoritaria respecto de los casos de puesta en peligro, posición que se condensa en la fórmula de los "conocimientos superiores". Como se verá, ésta fórmula no puede resultar satisfactoria para resolver los problemas que se presentan en este contexto.

## 2. El "dominio por conocimientos" en el ámbito de la intervención en un suicidio ajeno

Una de las modalidades en el ámbito de la autoría mediata "normal" es lo que se ha llamado "dominio por voluntad en virtud de error"<sup>429</sup> o "dominio por conocimientos"<sup>430</sup>. En el ámbito de la autolesión, esta modalidad de autoría mediata ha sido discutida, sobre todo, en relación con el suicidio.

En este contexto, no plantea ningún problema la afirmación de una autoría mediata cuando acerca de lo que yerra la víctima es de la cualidad mortal de la acción, por ejemplo, en el caso frecuentemente propuesto en el que el autor le ofrece a la víctima un alimento envenenado sin que ésta lo sepa<sup>431</sup>; se trata en este caso de la situación paralela a la del desconocimiento del tipo en los supuestos normales de autoría mediata.

---

<sup>429</sup> Cfr. sólo **Roxin**, *Täterschaft und Taherrschaft*, p. 170; sobre las diferencias de esta modalidad de autoría mediata respecto de otras razones que convierten al autor en autor mediato, vid. sólo **Roxin**, op. cit., pp. 170 y ss.

<sup>430</sup> Término usado, por ejemplo, por **Schünemann**, en: **Busch/Heckmann/Marks** (ed.), *HIV/AIDS und Straffälligkeit*, pp. 111 y s.

<sup>431</sup> Cfr. sólo, desde distintas perspectivas, **LK<sup>11</sup>-Roxin**, § 25 n.m. 106; **S/S<sup>24</sup>-Eser**, n.m. 37 previo al § 211; **Jakobs**, *AT<sup>2</sup>*, 7/117, 21/77; **Mir Puig**, *PG<sup>4</sup>*, 14/47; **Herzberg**, *JA* 1985, p. 341; **Charambalakis**, *GA* 1986, p. 497; **Muñoz Conde**, *ADPCP* 1987, pp. 311 y s.; **Sancinetti**, *DP* 1988, p. 263; **Göbel**, *Einwilligung*, pp. 86 y ss.; **Juanatey Dorado**, *Derecho, suicidio y eutanasia*, p. 205; **Hernández Plasencia**, *La autoría mediata*, pp. 248 y s.

Los problemas surgen sobre todo cuando el error afecta a otros elementos distintos de la cualidad mortal de la conducta, como, por ejemplo, cuando se hace creer al sujeto, en el ejemplo ya citado, que padece una enfermedad incurable que le conducirá inevitablemente a la muerte. Al tratarse de un error en los motivos que difícilmente puede ser objetivado desde la perspectiva del ordenamiento jurídico, parece claro ya desde un principio que no se podrá afirmar sin más la autoría mediata<sup>432</sup>.

Un supuesto paradigmático de esta clase de errores que afectan a circunstancias concomitantes es el famoso caso Sirius<sup>433</sup>, cuyo supuesto de hecho cabe resumir del siguiente modo: el autor había logrado un gran ascendente sobre la víctima -una joven-, haciéndola creer que él era habitante del planeta Sirio y -después de haber obtenida de ella una considerable cantidad de dinero mediante otros engaños esotéricos- que podía hacerla llegar a una vida superior, si ella se separaba de su antiguo cuerpo. Para obtener ese propósito, le dió a la víctima por teléfono instrucciones para que introdujera el secador de pelo en la bañera durante el baño, asegurándole que después de la presumible descarga eléctrica despertaría en un nuevo cuerpo en un lugar cerca del Lac Léman. La convenció, además, de que para su nueva vida, especialmanete

---

<sup>432</sup> Cfr. en este sentido sólo LK<sup>11</sup>-Roxin, § 25 n.m. 106; SK-Samson, § 25 n.m. 30; Jescheck/Weigend, AT<sup>6</sup>, § 62 II. 1.; en favor de una solución más amplia, en cambio, SK-Horn, § 212 n.m. 15; Meyer, Autonomie, pp. 221 y ss.; Herzberg, JA 1985, pp. 336 y ss.; Neumann, JA 1987, p. 253.

<sup>433</sup> BGHSt 32, pp. 38 y ss.; como se verá, se trata de uno de los casos "más extraños" (Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft<sup>6</sup>, p. 586) que cabe encontrar en la jurisprudencia del BGH.

para pagar los servicios de un momje que se encargaría de una especie de formación espiritual en su nueva vida, necesitaría dinero; para lo cual hizo suscribir a la joven un seguro de vida cuyo beneficiario -como es lógico- era el propio autor, y prometió que después del óbito o tránsito le llevaría la suma al emplazamiento en el que despertaría dentro de su nuevo cuerpo. El hecho fracasó porque a pesar de las instrucciones del autor, no se produjo la fatal descarga eléctrica. Conforme a los hechos declarados probados por el Tribunal, la joven creyó a pies juntillas el montaje del autor, pero no pensó que con el plan propuesto pondría fin a su vida. El BGH condenó al sujeto por tentativa de asesinato en autoría mediata<sup>434</sup>. En lo que ahora importa, ha de señalarse que la cuestión giraba no en torno a una posible falta de responsabilidad constitucional de la víctima, sino del "error" que ésta padecía -provocado por el autor- acerca de la cualidad mortal de lo que iba a hacer, lo que se expresa en una discusión algo absurda en la sentencia acerca de si la joven creía que iba a morir y seguir viviendo o morir y seguir viviendo en una nueva existencia distinta de la anterior<sup>435</sup>.

---

<sup>434</sup> Cfr. sólo los comentarios aprobatorios -al menos en lo que se refiere al resultado material alcanzado- de **Roxin**, NSTZ 1984, p. 73; **Schmidhäuser**, JZ 1984, p. 195; **Neumann**, JuS 1985, pp. 677 y ss., 681 y s. y las consideraciones críticas, desde una perspectiva más restrictiva en cuanto a la admisión de la autoría mediata, de **Muñoz Conde**, ADPCP 1987, pp. 312 y ss., 316 y s.; **Sancinetti**, DP 1988, pp. 263 y ss. (al menos en lo que se refiere al error); **Jakobs**, "La organización de autolesión y heterolesión", en: **idem**, *Estudios de Derecho penal*, texto correspondiente a la nota 16; **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 216 y s., nota 165; **Juanatey Dorado**, *Derecho, suicidio y eutanasia*, pp. 202 y ss.

<sup>435</sup> Cfr. sólo **Roxin**, *Täterschaft und Tatherrschaft*<sup>6</sup>, pp. 587 y s.; se dice en el texto que se trata de una discusión algo absurda porque difícilmente puede encontrarse en una sociedad con un sistema médico tan avanzado como el actual, en el que incluso el concepto de muerte necesita de una definición normativa (vid. sólo **Bajo Fernández**, *PE I*<sup>2</sup>, pp. 25 y ss.), una definición más clara de muerte que la que consiste en aque-

(continúa...)



Otro de los supuestos clásicos en este ámbito es aquel en el que el autor induce a otro a suicidarse haciéndole creer que se le va a acompañar en tal suicidio, caso que se presentó en un supuesto enjuiciado igualmente por el BGH<sup>436</sup>. En este caso, una mujer que quería deshacerse de su marido -mantenía una relación extramatrimonial propuso a éste suicidarse juntos; el hombre aceptó para "estar siempre juntos". En el momento de ejecutar el plan ideado por la mujer, ambos acudieron a un aparcamiento, en el que él tomó un primer sorbo de una mezcla venenosa -ingiriendo una dosis que ya era mortal preparada por su esposa; cuando él le ofreció la botella a la mujer, ella se negó a tomar su parte. El marido, entonces, viendo que había sido engañado, tomó otro trago y murió. El Tribunal condenó a la esposa por asesinato en autoría mediata, aunque no se pronunció acerca de si el engaño sufrido por el marido bastaba para afirmar la concurrencia de autoría mediata, sino que llega a esa conclusión aduciendo que fue la mujer la que organizó todo el plan, no dejando al hombre tiempo para tomar una decisión reposada. También respecto de este supuesto cabe encontrar soluciones contrapuestas: mientras unos creen que ese error (provocado) sobre el "sentido concreto" de la conducta<sup>437</sup> suicida puede dar lugar a autoría mediata<sup>438</sup>, otros consideran que este tipo de

---

<sup>435</sup> (. . .continuación)

lla situación en la que la compañía aseguradora debe pagar el importe del seguro por fallecimiento, dato que la joven conocía.

<sup>436</sup> Vid. GA 1986, pp. 508 y s.

<sup>437</sup> Término de **Roxin**, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 212 y ss.; vid. la crítica, por ejemplo, de **Stratenwerth**, AT I<sup>3</sup>, n.m. 785 y s., **Jakobs**, AT<sup>2</sup>, 21/101.

<sup>438</sup> Cfr. a favor de apreciar autoría mediata en estos supuestos en el ámbito de la autolesión, por ejemplo, *S/S<sup>24</sup>-Eser*, n.m. 37 previo al § 211; *LK<sup>11</sup>-Jähnke*, n.m. 25 y s. previos al § 211; *Jescheck/Weigend*, AT<sup>6</sup>, § 62 II. 1.; **Roxin**, *Täterschaft und Tatherrschaft*, pp. 225 y ss., 227, (continúa...)

errores del sujeto que comete suicidio no pueden ser considerados suficientes para dar lugar a la calificación de autoría mediata<sup>439</sup>.

### 3. Los conocimientos superiores del autor y el ámbito de responsabilidad de la víctima

Como parece evidente, también fuera del ámbito del suicidio aparecen constataciones de casos en las que una determinada distribución de los conocimientos sobre el suceso entre autor y víctima puede cobrar relevancia a la hora de resolver

---

<sup>438</sup> (...continuación)

utilizando, entre otros, el mismo ejemplo que luego se produjo en la realidad; por otro lado, en pp. 227 y s. **Roxin** anticipa los argumentos de la posición contraria que acabaría siguiendo más tarde (vid. la nota siguiente); defiende una posición especialmente amplia en cuanto a la admisión de autoría mediata **Meyer**, *Autonomie*, pp. 227 y ss., 234 y ss.; vid. también **Brandts/Schlehofer**, JZ 1987, pp. 442 y ss.; **Herzberg**, JA 1985, p. 340; **Neumann**, JuS 1985, pp. 681 y s.; intentando hallar una posición más matizada a través de una categorización entre errores que afectan al sentido y calidad de la vida, a las consecuencias del suicidio y sobre circunstancias acompañantes del suicidio, **idem**, JA 1987, pp. 244 y ss., 251 y ss., 253 y s.; en principio, también en esta línea **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 198 y ss., 200 (aunque **Walther** relativiza su punto de partida estableciendo un criterio de "distanciabilidad" en casos en los que la víctima debería haber tenido una perspectiva más crítica frente al engaño del autor); finalmente, el BGH no se pronuncia, sino deja expresamente abierta la cuestión de si el error puede dar lugar a autoría mediata, y opina, como se ha dicho, que la autoría mediata de la mujer se puede fundamentar en la presión psicológica ejercida en el caso concreto; cfr. también en sentido similar **Sancinetti**, DP 1988, p. 267 ("fuerte control psicológico"); en contra de esta argumentación, cfr. sólo **Neumann**, JA 1987, p. 249.

<sup>439</sup> Cfr. sólo **LK<sup>11</sup>-Roxin**, § 25 n.m. 113; **Roxin**, NSTz 1984, 72 y s.; **idem**, *Täterschaft und Tatherrschaft*<sup>6</sup>, pp. 587, 588 y s. [respecto de una variante hipotética del caso Sirius (cfr. *supra*); y pp. 598 y s. (respecto de este caso), modificando su posición inicial; **SK-Samson**, § 25 n.m. 30; **Jakobs**, AT<sup>7</sup>, 21/77, nota 142, 21/97 y ss., 21/101; **Bottke**, *Suizid*, pp. 266 y s.; **Charambalakis**, GA 1986, pp. 485 y ss., 501; **Muñoz Conde**, ADPCP 1987, pp. 312 y ss.; **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 215 y s.

si el suceso se imputa al ámbito de responsabilidad de la víctima o se trata, por el contrario, de una conducta objetivamente imputable del autor. En este sentido, en el plano de los errores atinentes a los elementos de riesgo del suceso mismo -de manera paralela al caso Sirius en el ámbito del suicidio-, como ya se ha dicho<sup>440</sup>, parece evidente que en el caso del copiloto del RG<sup>441</sup>, en los supuestos de entrega de estupefacientes<sup>442</sup> o en los casos de transmisión de alguna enfermedad contagiosa<sup>443</sup> puede ser decisivo el nivel de conocimientos de víctima y autor. Del mismo modo, cabe imaginar en este contexto general errores que no afectan al suceso, sino a circunstancias que lo acompañan: así, por ejemplo, si uno de los participantes en la competición de motocicletas<sup>444</sup> hace creer al otro que observará la carrera una conocida de éste a quien el participante de este modo engañado quiere impresionar, y ésta es la razón fundamental por la que interviene en la competición, o, como sucedió en el

---

<sup>440</sup> Cfr. *supra* § 9 I. A. 3.

<sup>441</sup> RG JW 1925, pp. 2251 y ss.; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 1.

<sup>442</sup> Especialmente interesante en este contexto resulta la STS 20.2.1993 (RA 1383), en la que fue determinante no el riesgo general derivado de la sustancia estupefaciente, sino su inusual pureza; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. A. 3.

<sup>443</sup> Vid. los casos BGHSt 36, pp. 1 y ss. y BayObLG 1990, pp. 131 y s.; cfr. los supuestos de hecho de estas resoluciones *supra* § 1 II. B. 10. y 11., respectivamente. En cuanto a otros problemas distintos a la intervención de la víctima que pueden plantearse en este contexto, cfr. las referencias *supra* § 6 II. C. 2. en nota.

<sup>444</sup> BGHSt 7, 112 y ss.; cfr. el supuesto de hecho de la resolución *supra* § 1 II. B. 7

caso del aguardiente de frutas<sup>445</sup>, la víctima participa en la apuesta de ingerir determinada cantidad de alcohol movida por la creencia de que su amigo está bebiendo la misma cantidad que ella.

En la doctrina, los criterios de decisión en este ámbito, sin embargo, están mucho menos elaborados que para los supuestos paralelos en el ámbito del suicidio. Si bien muchos autores parecen partir de que las reglas desarrolladas para el suicidio deben aplicarse de modo paralelo a los supuestos de intervención en una actividad arriesgada<sup>446</sup> -con todo lo que ello implica desde el punto de vista de la construcción dogmática, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos se tratará de conductas no dolosas por parte del autor, y que para muchos de estos autores la autoría mediata es una categoría exclusiva del delito doloso<sup>447</sup>-, lo cierto es que cuando se examinan las propuestas que luego efectivamente se han hecho respecto del ámbito fuera de los casos de suicidio, se comprueba que éstas de ningún modo se corresponden con la discusión en ese último ámbito. Por el contrario,

---

<sup>445</sup> NStZ 1986, pp. 266 y s.; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 9.

<sup>446</sup> Vid. sólo *LK<sup>II</sup>-Roxin* § 25 n.m. 114, 115 y ss., 117; también toman como punto de referencia la teoría de la autoría mediata para el ámbito de la intervención en actividades arriesgadas expresamente *S/S<sup>24</sup>-Lenckner*, n.m. 101a previo al § 13; *S/S<sup>24</sup>-Cramer*, § 15 n.m. 156; *Hirsch*, JR 1979, p. 432; *Schumann*, *Selbstverantwortung*, pp. 69 y ss.; *Walther*, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 172 y ss. (vid. sobre el exhaustivo desarrollo de esta idea en el trabajo de *Walther* *supra* § 6 II. B. 3.).

<sup>447</sup> Vid. *supra* § 10 I. 2. y 4.

cabe constatar que el material de discusión existente se reduce en lo esencial a fórmulas poco claras, sin una verdadera formulación dogmática<sup>448</sup>, en el sentido de que la víctima debe conocer los elementos del riesgo, o que existirá responsabilidad del autor cuando éste disponga de conocimientos superiores. Puede decirse en este contexto que el denominador común está en la fórmula acuñada por el BGH en el caso de la jeringuilla<sup>449</sup> respecto de la "participación en una autopuesta en peligro", según la cual la punibilidad del autor comienza en el momento en el que éste "aprehende el riesgo mejor que quien se pone a sí mismo en peligro"<sup>450</sup>. En la doctrina, esta formulación ha logrado aglutinar un número tan elevado de autores que parece indicar la existencia de un consenso poco común<sup>451</sup>.

Sin embargo, la fórmula de los conocimientos superiores no sólo es insuficiente, sino que no acierta a designar correc-

---

<sup>448</sup> En este sentido **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*, pp. 165 y s.

<sup>449</sup> BGHSt 32, pp. 262 y ss.; cfr. el supuesto de hecho supra § 1 II. @.

<sup>450</sup> BGHSt 32, p. 265.

<sup>451</sup> Cfr., por ejemplo, y entre otros muchos -y sin mencionar a los autores que parten de la institución del consentimiento como vía de solución y por tanto sostienen posturas similares en este contexto, vid. supra § 5-, en esta línea **SK-Rudolphi**, n.m. 79b previo al § 1; **LK<sup>II</sup>-Roxin** § 25 n.m. 115; **idem**, AT<sup>2</sup>, 11/86 y ss., 11/92 11/100; **Jescheck/Weigend**, AT<sup>6</sup>, § 62 II. 1.; **Kienapfel**, AT<sup>4</sup>, Z 27/8; **Herzberg**, JA 1985, p. 270; **Stree**, JuS 1985, p. 183; **Otto**, FS Tröndle, p. 174; **Eschweiler**, *Selbstgefährdung*, pp. 77 y ss.; **Kunz**, ZStrR 107 (1990), pp. 53 y ss., 56; **Hohmann**, MDR 1991, p. 1117; **Portilla Contreras**, CPC 1991, pp. 696 y s., 721 y ss.; **Silva Sánchez**, en: CGPJ (ed.), *La Victimología*, pp. 30 y s.

tamente el problema<sup>452</sup>. En efecto, en la doctrina hay voces que se han mostrado críticas con la posición mayoritaria: la mera existencia fáctica de conocimientos superiores no puede determinar la responsabilidad del autor<sup>453</sup>. La objeción central contra este planteamiento queda sintetizada en la siguiente afirmación de **Jakobs**: "La afirmación de que la punibilidad comienza 'en el momento en el que el partícipe aprehende el riesgo mejor que quien se pone a sí mismo en peligro' confunde el hecho psíquico (¿quién conoce?) con una regulación normativa (¿quién es competente?)"<sup>454</sup>.

Desde la perspectiva aquí defendida, el punto de arranque para hallar la regla de imputación general para estos supuestos de desnivel de conocimientos entre víctima y autor se encuentra en las reflexiones de principio antes realizadas acerca del papel que corresponde a la víctima en el juicio de imputación. Allí se ha defendido la tesis de que en virtud del carácter de sujeto responsable que ésta ostenta,

---

<sup>452</sup> Vid. ya *supra* § 5 II. C. 2. y § 9 I. A. 3.

<sup>453</sup> Cfr. **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*, pp. 211 y ss., 222 y s.; *idem*, *NStZ* 1992, p. 64; *idem*, *Tipo penal e imputación objetiva*, pp. 138 y s.; desde una perspectiva más general, **Jakobs**, *GS Armin Kaufmann*, p. 284, nota 27; contra la fórmula concreta, *idem*, *AT*<sup>2</sup>, 21/78, nota 142h; *idem*, *La autoría mediata*, p. 29; *idem*, "La organización de autolesión y heterolesión", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*, VIII. 1. con nota 15; desde la perspectiva de la teoría del consentimiento, **Göbel**, *Einwilligung*, pp. 94 y ss.; **Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, pp. 213, 217 y ss.; **Reyes Alvarado**, *Imputación objetiva*, pp. 167 y s., 168; contra la fórmula del BGH, pp. 177 y s.; **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*, pp. 45 y s.

<sup>454</sup> *AT*<sup>2</sup>, 21/78, nota 142h.

las actividades arriesgadas organizadas conjuntamente por víctima y autor entran en el ámbito de responsabilidad preferente de ésta, y, por lo tanto, en tal caso los daños producidos deben ser imputados a la víctima (sin perjuicio de los supuestos en los que el autor puede quedar exonerado en función de otras instituciones generales, no específicas, que componen la teoría de la imputación<sup>455</sup>). El sujeto que pone en peligro sus propios bienes de modo imputable, actúa a su propio riesgo; correlativamente, el comportamiento del otro sujeto interviniente no cumple el tipo objetivo.

Pues bien, la cuestión decisiva para determinar si el desnivel de conocimientos existente puede conducir a la imputación de los resultados lesivos producidos está en verificar si aún puede hablarse de que existe "organización conjunta" entre autor y víctima o si, por el contrario, en realidad la víctima se ve incluida en una configuración de la actividad que debe atribuirse al autor.

La estructura interactiva de los supuestos en cuestión -como ha venido señalándose a lo largo del presente estudio- conduce a que la adopción de una perspectiva unilateral (desde el punto de vista exclusivo de la víctima o del autor) no pueda ofrecer resultados adecuados. Por el contrario, la

---

<sup>455</sup> Vid. *supra* § 9 I. B. 2. y § 9 II.

determinación sólo podrá hacerse mediante una consideración conjunta de ambos intervinientes.

Por consiguiente, no habrá organización conjunta cuando el contexto imputable a la víctima sea distinto e inferior en potencial lesivo al contexto imputable al autor. En este sentido, no sólo se toma en cuenta el componente interactivo propio del ámbito presente, sino que se introduce también una perspectiva interactiva en la determinación, eliminando de tal modo una fijación del juicio de imputación en peculiaridades subjetivas que resultaría distorsionadora.

Desde esta perspectiva, parece claro que en supuestos que pueden considerarse paralelos a los de desconocimiento de la cualidad mortal de la acción en el ámbito del suicidio, como el caso del copiloto del RG<sup>456</sup> -en el que la víctima desconocía un factor tan esencial para la actividad conjunta como el deficiente estado de los frenos de la motocicleta-, el contexto objetivamente imputable se presenta de modo completamente distinto a la víctima y al autor<sup>457</sup>. En los supuestos de contagio de SIDA, por otro lado, será decisivo cuál es la relación que existe entre ambos sujetos, para determinar si el contacto sexual viene definido de modo implícito como contacto sin riesgos (conocidos por el sujeto infectado) en relación con la transmisión de enfermedades. En este sentido, parece que esta definición -lo que otorga al autor

---

<sup>456</sup> RG JW 1925, pp. 2251 y ss.; cfr. el supuesto de hecho de esta resolución *supra* § 1 II. B. 1.

<sup>457</sup> Como ya se ha señalado al hacer referencia a la noción de "organización conjunta", vid. *supra* § 9 I. A. 4.



superioridad sobre la víctima- existirá en una relación personal intensa, como puede ser el matrimonio, pero no -y, por lo tanto, el conocimiento de la infección no fundamentará una posición de superioridad- en contactos esporádicos entre sujetos con una relación tan contingente que no puede estimarse que contenga implícitamente la definición como inocua, como es el caso, por ejemplo, en el encuentro con una persona prostituida. Por consiguiente -y en contra de la doctrina mayoritaria<sup>458</sup>-, en el caso del SIDA del BGH<sup>459</sup> el suceso debería haber sido imputado al ámbito de responsabilidad de las hipotéticas víctimas<sup>460</sup> -en el caso concreto, nadie resultó contagiado-, ya que no se trataba de contactos sexuales que implicaran una relación de las características antes enunciadas.

---

<sup>458</sup> Cfr. por todos Herzberg, NJW 1987, p. 2284; Geppert, Jura 1987, p. 671; Bottke, en: Schünemann/Pfeiffer, *Die Rechtsprobleme von AIDS*, pp. 205 y ss.; W. Frisch, JuS 1990, pp. 369 y s.

<sup>459</sup> BGHSt 36, pp. 1 y ss.; vid. el supuesto de hecho supra § 1 II. B. 10.

<sup>460</sup> Habían propuesto una solución similar ya Bruns, NJW 1987, p. 2281; Nestler-Tremel, StV 1987, p. 370; en sentido similar parece que también Jakobs, *La imputación objetiva*, pp. 111 y s. (vid., sin embargo, en otro sentido idem, AT<sup>1</sup>, 7/130); vid. también Walther, *Eigenverantwortlichkeit*, p. 203.

## Bibliografía

-----

**Alchourrón, Carlos E.,**

"Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari", en: **Carlos E. Alchourrón/Eugenio Bulygin, Análisis lógico y Derecho**, Madrid, 1991, pp. 3 a 24 (cit.: **Alchourrón**, en: **idem/Bulygin, Análisis lógico y Derecho**).

**Amelung, Knut, y Weidemann, Jürgen,**

"Bestechlichkeit und Förderung einer Selbstschädigung - BGH NJW 1983, 462", en: JuS 1984, pp. 595 a 601.

**Amelung, Knut,**

"Irrtum und Zweifel des Getäuschten beim Betrug", en: GA 1977, pp. 1 a 17.

"Rechtsgutsverletzung und Sozialschädlichkeit", en: **Heike Jung et al. (ed.), Recht und Moral. Beiträge zu einer Stadortbestimmung**, Baden-Baden, 1991, pp. 274 y ss.

**Antón Oneca, José,**

*Derecho penal*, tomo I-1, Parte General, 1ª edición, Madrid, 1949; 2ª edición, anotada y corregida por **José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino**, Madrid, 1986 (cit: **Antón Oneca**, PG<sup>1</sup>, PG<sup>2</sup>).

Recensión de **Gimbernat Ordeig**, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, en: ADPCP 1969, pp. 192 a 196.

**Arzt, Gunther, y Weber, Ulrich,**

*Strafrecht Besonderer Teil. Ein Lehrbuch in 5 Heften. Lehrheft 1: Delikte gegen die Person*, 3ª edición, Bielefeld, 1988 (cit.: **Arzt/Weber**, BT 1<sup>3</sup>).

*Strafrecht Besonderer Teil. Ein Lehrbuch in 5 Heften. Lehrheft 3: Vermögensdelikte (Kernbereich)*, 2ª edición, Bielefeld, 1986 (cit.: **Arzt/Weber**, BT 3<sup>2</sup>).

**Arzt, Gunther,**

Recensión de: **Raimund Hassemer**, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB*, en: GA 1982, pp. 522 y s.

"Viktimologie und Strafrecht", en: MSchrKrim 67 (1984), pp. 105 a 124.

**Bacigalupo, Enrique,**

*Principios de Derecho penal. Parte General*, 3ª edición, Madrid, 1994 (cit.: **Bacigalupo**, PG<sup>3</sup>).

*Estudios sobre la Parte Especial del Derecho penal*, 2ª edición, Madrid, 1994 (cit.: **Bacigalupo**, Estudios PE<sup>2</sup>).

**Bajo Fernández, Miguel,**

*Manual de Derecho penal (Parte Especial I). Delitos contra las personas*, 2ª edición, Madrid, 1991 (cit.: **Bajo Fernández**, PE I<sup>2</sup>).

**Baldó Lavilla, Francisco,**

*Estado de necesidad y legítima defensa: un estudio sobre las "situaciones de necesidad" de las que derivan facultades y deberes de salvaguardia*, Barcelona, 1994 (cit.: **Baldó Lavilla**, *Estado de necesidad y legítima defensa*).

**Baumann, Jürgen, Weber, Ulrich, Mitsch, Wolfgang,**

*Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 10ª edición, Bielefeld, 1995 (cit.: **Baumann/Weber/Mitsch**, AT<sup>10</sup>).

**Berdugo Gómez de la Torre,**

*El delito de lesiones*, Salamanca, 1982.



**Beulke, Werner, y Mayer, Hans-Walter,**

"Strafrecht: Die Mutprobe", en: JuS 1987, pp. 125 a 130.

**Beulke, W., y Schröder, S.,**

Comentario al auto del BGH NStZ 1991, pp. 391 y s., en: NStZ 1991, pp. 392 a 395.

**Bickelhaupt, Werner,**

"Einwilligung in die Trunkenheitsfahrt", en: NJW 1967, pp. 713 y s.

**Binding, Karl,**

*Handbuch des Strafrechts*, tomo I, Leipzig, 1885 (cit.: **Binding**, *Handbuch I*).

*Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, t.IV, *Die Fahrlässigkeit*, reimpresión de la edición de Leipzig 1919, Aalen, 1965 (cit.: **Binding**, *Normen IV*).

**Bindokat, Heinz,**

"Fahrlässige Beihilfe", en: JZ 1986, pp. 421 a 426.

**Blei, Hermann,**

Revista de revistas, en: JA 1974, pp. 317 a 320.

**Bolea Bardón, Carolina,**

"Interrupción de la imputación objetiva por intervención posterior de terceros. A propósito de la STS de 19 de mayo de 1994. P. García Ancos", en: ADPCP 1994, pp. 375 a 394.

**Bottke, Wilfried,**

*Suizid und Strafrecht*, Berlin, 1982.

"Probleme der Suizidbeteiligung", en: GA 1983, pp. 22 y

ss.

"Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS-Bekämpfung", en: **Bernd Schünemann/Gerd Pfeiffer** (ed.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden, 1988, pp. 171 a 247 (cit.: **Bottke**, en: **Schünemann/Pfeiffer**, *Die Rechtsprobleme von AIDS*).

**Brandts, Ricarda y Schlehofer, Horst,**

"Die täuschungsbedingte Selbsttötung im Lichte der Einwilligungstheorie", en: JZ 1987, pp. 442 y ss.

**Brandts, Ricarda,**

"Selbstmord und Fremdtötung provoziert durch Täuschung - Problemschwerpunkte: Täterschaft/Teilnahme-", en: Jura 1986, pp. 495 a 498.

**Bringewat, Peter,**

"Die Strafbarkeit der Beteiligung an fremder Selbsttötung als Grenzproblem der Strafrechtsdogmatik", en: ZStW 87 (1975), pp. 623 a 649.

**Bruns, Manfred,**

"Nochmals: Aids und Strafrecht", en: NJW 1987, pp. 2281 y s.

**von Bubnoff, Eckhart,**

*Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule*, Heidelberg, 1966 (cit.: **v. Bubnoff**, *Entwicklung*).

**Bueno Arús, Francisco,**

"La atención a la víctima del delito", en: AP 1990 (nº 27), pp. 297 a 314.

**Burgstaller, Manfred,**

*Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Wien, 1974 (cit.: **Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt**).

"Erfolgszurechnung bei nachträglichem Fehlverhalten eines Dritten oder des Verletzten selbst", en: **Theo Vogler et al.** (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, tomo I, Berlin, 1985, pp. 357 a 375 (cit.: **Burgstaller, FS Jescheck I**).

**Bustos Ramírez, Juan, y Larrauri Pijoan, Elena,**

*Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, Barcelona, 1993 (cit.: **Bustos Ramírez/Larrauri Pijoan, Victimología**).

**Bustos Ramírez, Juan, y Hormazábal Malarée, Hernán,**

*Manual de Derecho penal. Parte general*, 4ª edición aumentada, corregida y puesta al día por Hernán Hormazábal Malarée, Barcelona, 1994 (cit.: **Bustos Ramírez/Hormazábal Malarée, PG<sup>4</sup>**).

**Bustos Ramírez, Juan,**

"Imputación objetiva (Cuestiones metodológicas y sistémicas)", en: *EPCr XII* (1989), pp. 105 a 145.

**Calderón Cerezo, Angel,**

"Autoría y participación en el delito imprudente. Concurrencia de culpas", en: Consejo General del Poder Judicial (ed.), *La imprudencia*, Cuadernos de Derecho Judicial 1993/I, Madrid, 1993, pp. 11 a 72 (cit.: **Calderón Cerezo**, en: CGPJ [ed.], *La imprudencia*).

**Cancio Meliá, Manuel,**

"La teoría de la adecuación social en Welzel", en: *ADPCP* 1993, pp. 697 a 729.

"Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmen-

geschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz", en: GA 1995, pp. 179 a 191.

**Carrara, Francesco,**

*Programma del corso di diritto criminale, Parte Speciale*, vol. 1º, 10ª edición, Firenze, 1925 (cit.: **Carrara**, *Programma PS*).

**Casas Barquero, Enrique,**

*El consentimiento en el Derecho penal*, Córdoba, 1987 (cit.: **Casas Barquero**, *El consentimiento*).

**Castaldo, Andrea R.,**

*L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989 (cit.: **Castaldo**, *L'imputazione oggettiva*).

**Cerezo Mir, José,**

"El delito como acción típica, evolución del concepto dogmático de tipo", en: *Estudios Penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 163 a 177 (cit.: **Cerezo Mir**, LH Antón Oneca).

"El tipo de lo injusto de los delitos de acción culposos", en: ADPCP 1983, pp. 471 a 504.

"El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación", en: *Estudios de Derecho penal y criminología en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, I, Madrid, 1989 (cit.: **Cerezo Mir**, LH Rodríguez Devesa)

*Curso de Derecho Penal Español, Parte General I, Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, 4ª edición, Madrid, 1994 (cit.: **Cerezo Mir**, PG Iª).

*Curso de Derecho Penal Español, Parte General II, Teoría jurídica del delito/2*, 1ª edición, Madrid, 1990 (cit.: **Cerezo Mir**, PG II).

**Charambalakis, Aristotelis,**

"Selbsttötung aufgrund Irrtums und mittelbare Täter-

schaft", en: GA 1986, pp. 485 y ss.

**Christie, Nils,**

"Conflicts as property", en: BritJCrim 17 (1977), pp. 1 a 15.

**Cobo del Rosal, Manuel, y Vives Antón, Tomás S.,**

*Derecho Penal, Parte General*, 3ª edición, Valencia, 1990 (cit.: Cobo del Rosal/Vives Antón, PG<sup>3</sup>).

**Corcoy Bidasolo, Mirentxu,**

*El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989 (cit.: Corcoy Bidasolo, *El delito imprudente*).

**Córdoba Roda, Juan y Rodríguez Mourullo, Gonzalo,**

*Comentarios al Código penal*, tomo I (artículos 1-22), reimpresión, Barcelona etc., 1976 (cit.: autor, ComCP I).

**Correra, Michele M., y Riponti, Danilo,**

*La vittima nel sistema italiano della giustizia penale. Un approccio criminologico*, Padova, 1990 (cit.: Corre-  
ra/Riponti, *La vittima*).

**Cramer, Peter,**

Comentario al § 15, en: Lenckner et al., Schönke/Schröder. *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24ª edición, München, 1991 (cit.: S/S<sup>24</sup>-Cramer).

Comentario al § 25, en: Lenckner et al., Schönke/Schröder. *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24ª edición, München, 1991 (cit.: S/S<sup>24</sup>-Cramer).

**Cross, Rupert, y Jones, Philip Asterley,**

*An Introduction to Criminal Law*, 6ª edición, London,



1968.

**Cuello Calón, Eugenio,**

*Derecho penal, tomo I (Parte General), volumen primero, revisado y puesto al día por César Camargo Hernández, 18ª edición, Barcelona, 1979 (cit.: Cuello Calón, PG 1<sup>18</sup>).*

**Cuello Contreras, Joaquín,**

*Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito, Madrid, 1990 (cit.: Cuello Contreras, Culpabilidad e imprudencia).*

**Cuerda Riezu, Antonio,**

"Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en Derecho Penal español", en: ADPCP 1992, pp. 491 a 514.

**Dach, Ralph Peter,**

*Zur Einwilligung bei Fahrlässigkeitsdelikten, Mannheim, 1979 (cit.: Dach, Einwilligung).*

"Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung", comentario a BGH NStZ 1984, 410 [BGHSt 32, 262], en: NStZ 1985, pp. 24 y s.

**Da Costa Andrade, Manuel,**

*Consentimento e acordo em Direito penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista), Coimbra, 1991 (cit.: Da Costa Andrade, Consentimento e acordo).*

**De la Gándara Vallejo, Beatriz,**

*Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva, Madrid, 1995 (cit.: De la Gándara Vallejo, Consentimiento).*

De la Oliva Santos, Andrés, Aragonese Martínez, Sara, Hinojosa Segovia, Rafael, Muerza Esparza, Julio y Tomé García, José Antonio,

*Derecho procesal penal*, 1ª reimpresión, Madrid, 1994.

Del Rosal, Juan, Cobo del Rosal, Manuel y Rodríguez Mourullo, Gonzalo,

*Derecho Penal español, Parte Especial*, Madrid, 1962  
(cit.: Del Rosal/Cobo del Rosal/Rodríguez Mourullo, PE).

Del Rosal, Juan,

"Relación causal en el delito culposo", en: *idem*, *Comentarios a la doctrina penal del Tribunal Supremo*, Valladolid, 1952, pp. 327 a 345.

Del Rosal Blasco,

"La participación y el auxilio ejecutivo en el suicidio: un intento de reinterpretación constitucional del artículo 409 del Código penal", en: ADPCP 1987, pp. 73 a 97.

Derksen, Roland,

*Handeln auf eigene Gefahr*, Berlin, 1992.

"Strafrechtliche Verantwortung für fremde Selbstgefährdung" (comentario a BGH NJW 1994, p. 205), en: NJW 1995, pp. 240 y s.

Díaz y García Conlledo, Miguel,

*La autoría en Derecho penal*, Barcelona, 1991.

Voz "autoría", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I (ABA-COR), Madrid, 1995, pp. 693 a 699.

Voz "autoría mediata, coautoría y autoría accesorio", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I (ABA-COR), Madrid, 1995, pp. 702 a 709.

**Díez Ripollés, José Luis,**

"La disponibilidad de la salud e integridad personales", en: **idem** (dir.)/Consejo General del Poder Judicial (ed.), *Delitos contra la vida e integridad física*, Cuadernos de Derecho Judicial XXXI, Madrid, 1995, pp. 111 a 147 (cit.: **Díez Ripollés**, en: **idem** (dir.)/CGPJ [ed.], *Delitos contra la vida e integridad física*).

en: **idem/Gracia Martín**, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia, 1993.

**Dölling, Dieter,**

"Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers", en: GA 1984, pp. 71 a 93.

Comentario a la sentencia BayObLG JR 1990, p. 473 y s., en: JR 1990, pp. 474 a 478.

**Donatsch, Andreas,**

"Die Selbstgefährdung des Verletzten im Strafrecht", en: ZStrR 105 (1988), pp. 361 a 384.

"Gedanken zum strafrechtlichen Schutz des Sportlers", en: ZStrR 107 (1990), pp. 400 a 435.

**Dreher, Eduard y Tröndle, Herbert,**

*Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, por Eduard Dreher (23ª a 37ª edición) y Herbert Tröndle, 45ª edición de la obra fundada por Otto Schwarz, München, 1991 (cit.: **Dreher/Tröndle**, *StGB*<sup>45</sup>).

**Dünkel, Frieder,**

"Fundamentos victimológicos generales de la relación entre víctima y autor en Derecho penal", en: **Antonio Beristain/José Luis de la Cuesta** (ed.), *Victimología*, pp. 159 a 182, San Sebastián, 1990, (cit.: **Dünkel**, en: **Beristain/de la Cuesta** [ed.], *Victimología*).

**Eberbach, Wolfram,**

"Juristische Probleme der HTLV-III Infektion (AIDS) unter besonderer Berücksichtigung arztrechtlicher Fragen", en: JR 1986, pp. 230 a 235.

**Ebert, Udo,**

"Verbrechensbekämpfung durch Opferbestrafung?", en: JZ 1983, pp. 633 a 643.

**Ellmer, Manfred,**

*Betrug und Opfermitverantwortung*, Berlin, 1986.

**Ensthaller, Jürgen,**

*Einwilligung und Rechtsgutspreisgabe beim fahrlässigen Delikt*, Göttingen, 1983 (cit.: **Ensthaller**, *Rechtsgutspreisgabe*).

**Eschweiler, Helmut,**

*Beteiligung an fremder Selbstgefährdung*, Bonn, 1990 (cit.: **Eschweiler**, *Selbstgefährdung*).

**Eser, Albin, y Burkhardt, Björn,**

*Studienkurs Strafrecht I. Schwerpunkt allgemeine Verbrechenselemente*, 4ª edición, München, 1992 (cit.: **Eser/Burkhardt**, *StudK I*) (= *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias* [traducción de Silvina Bacigalupo y Manuel Cancio Meliá], Madrid, 1995).

**Eser, Albin,**

"Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Sportlers, insbesondere des Fußballspielers", en: JZ 1978, pp. 368 a 374.

Comentario previo al § 211, en: **Lenckner et al.**, *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24ª edición, München, 1991 (cit.: *S/S<sup>24</sup>-Eser*).

Comentario al § 222, en: **Lenckner et al.**, *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24ª edición, München, 1991 (cit.: *S/S<sup>4</sup>-Eser*).

"Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen", en: **Ulrich Immenga et al.** (ed.), *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, Baden-Baden, 1996, pp. 1005 a 1024 (cit.: **Eser**, FS Mestmäcker).

**Exner, Franz,**

"Fahrlässiges Zusammenwirken", en: **August Hegler et al.** (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, tomo I, Tübingen, 1930, pp. 569 a 597 (cit.: **Exner**, FG Frank I).

**Fattah, Ezzat A.,**

"The Need for a Critical Victimology", en: **idem** (ed.), *Towards a Critical Victimology*, New York, 1992, pp. 3 a 26 (cit.: **Fattah**, en: *Towards a Critical Victimology*).

"Victims and Victimology: The Facts and the Rhetoric", en: *Towards a Critical Victimology* (vid. supra), pp. 29 a 56 (cit.: **Fattah**, en: *Towards a Critical Victimology*).

**Fiedler, Ralf-Peter,**

*Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung - unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, Frankfurt am Main etc., 1990 (cit.: **Fiedler**, *Fremdgefährdung*).

**Freund, Georg,**

*Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Köln etc., 1992 (cit.: **Freund**, *Erfolgsdelikt und Unterlassen*).

**Frisch, Peter,**

*Das Fahrlässigkeitsdelikt und das Verhalten des Verletzten*, Berlin, 1973 (cit.: **P. Frisch**, *Fahrlässig-*

keitsdelikt).

**Frisch, Wolfgang,**

*Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, Heidelberg, 1988 (cit.: **W. Frisch**, *Tatbestandsmäßiges Verhalten*).

Recensión de: **Schumann**, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, en: JZ 1988, p. 655.

"Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? - BGHSt 36, 1", en: JuS 1990, pp. 362 a 370.

"Selbstgefährdung im Strafrecht. Grundlinien einer opferorientierten Lehre vom tatbestandsmäßigen Verhalten", en: NSTZ 1992, pp. 1 a 7, 62 a 67.

*Tipo penal e imputación objetiva* (traducción de Manuel Cancio Meliá, Beatriz de la Gándara Vallejo, Manuel Jaén Vallejo, Carlos Pérez del Valle, Yesid Reyes Alvarado y Arturo Ventura Püschel), Madrid, 1995.

**Frommel, Monika,**

"Opferschutz durch hohe Strafdrohungen? Der vergiftete Apfel vom Baume des Punitivismus", en: MSchrKrim 68 (1985), pp. 350 a 359.

"Kein Betrug zum Nachteil von Prostituierten", en: Streit. Feministische Rechtszeitschrift, 1/1988, pp. 35 a 39.

**Fünfsinn, Helmut,**

Comentario a la sentencia del BGH de 27.6.1984, en: StV 1985, pp. 57 a 59.

**Gallas, Wilhelm,**

"Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung", en: JZ 1960, pp. 649 a 655, 686 a 692.

**García-Pablos de Molina, Antonio,**

*Manual de criminología. Introducción y teorías de la criminalidad*, Madrid, 1988 (cit.: **García-Pablos de Molina**, *Manual de criminología*).

"La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal", en: **José Luis de la Cuesta et al.** (comp.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona*, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain, Donostia-San Sebastián, 1989, pp. 193 a 197 (cit.: **García-Pablos de Molina**, LH Beristain).

**Geilen, Gerd,**

"Suizid und Mitverantwortung", en: JZ 1974, pp. 145 a 154.

**Geppert, Klaus,**

"Rechtfertigende 'Einwilligung' des verletzten Mitfahrers bei Fahrlässigkeitsstraftaten im Straßenverkehr? (Ein Beitrag zur dogmatischen Struktur der Einwilligung)", en: ZStW 83 (1971), pp. 947 a 1001.

"Strafbares Verhalten durch mögliche - Aids-Übertragung?", en: Jura 1987, pp. 668 a 672.

**Gerland, Heinrich,**

"Die Selbstverletzung und die Verletzung des Einwilligenden", en: **K. Birkmeyer et al.** (ed.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, tomo II, Berlin, 1908, pp. 487 a 530 (cit.: **Gerland**, VDAT II).

**Gimbernat Ordeig, Enrique,**

*Die innere und die äußere Problematik der inadäquaten Handlungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zum Kausalproblem im Strafrecht*, Hamburg, 1962 (cit.: **Gimbernat Ordeig**, *Problematik der inadäquaten Handlungen*).

"La causalidad en Derecho penal", en: ADPCP 1962, pp. 543 a 579.

"Infracción del deber de diligencia y fin de la norma en los delitos culposos", en: RDCir 1965, pp. 593 a 602, 673 a 684.

*Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966 (cit.: Gimbernat Ordeig, *Delitos cualificados*).

*Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Madrid, 1979 (cit.: Gimbernat Ordeig, *Introducción*).

"¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*, 3ª edición, Madrid, 1990, pp. 140 a 161 (= en: *Problemas actuales de Derecho penal y Derecho procesal*, Salamanca, 1971, pp. 87 y ss.).

"¿Qué es la imputación objetiva?", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal* (vid. supra), pp. 209 a 217 (= EPCr X [1987], pp. 176 y ss.).

**Gimeno Sendra, Vicente, Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín,**

*Derecho Procesal. Proceso Penal*, Valencia, 1993.

**Göbel, Alfred A.,**

*Die Einwilligung im Strafrecht als Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts*, Frankfurt am Main etc., 1992 (cit.: Göbel, *Einwilligung*).

**Goltdammer, Theodor,**

"Fahrlässige Tödtung. Tödten oder Veranlassung des Todes. Ein Rechtsfall", en: GA 14 (1866), pp. 532 a 537.

**Gómez Benítez, José Manuel,**

*Teoría jurídica del delito. Derecho penal, Parte General*, Madrid, 1984 (cit.: Gómez Benítez, *PG*).

**González Rus, Juan José,**

"Autoría única inmediata, autoría mediata y coautoría",



en: Consejo General del Poder Judicial (ed.), *Problemas de autoría*, Cuadernos de Derecho Judicial XXXIX, Madrid, 1994, pp. 57 a 133 (cit.: **González Rus**, en: CGPJ [ed.], *Problemas de autoría*).

**Gössel, Karl Heinz,**

Recensión de **Roland Derksen**, *Handeln auf eigene Gefahr*, en: GA 1995, pp. 382 y s.

**Gracia Martín, Luis,**

en: **Díez Ripollés/Gracia Martín**, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia, 1993.

en: **idem** (coord.)/**Miguel Angel Boldova Pasamar/M. Carmen Alastuey Dobón**, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español. El sistema de penas, medidas de seguridad, consecuencias accesorias y responsabilidad civil derivada del delito*, Valencia, 1996.

**Gutiérrez-Alviz y Conradi, Faustino,**

"Nuevas perspectivas sobre la situación jurídico-penal y procesal de la víctima", en: PJ 18 (1990), pp. 79 a 90.

**Hansen, Georg,**

*Die Einwilligung des Verletzten bei Fahrlässigkeitstaten, im Besonderen das bewußte Eingehen eines Risikos durch den Geschädigten*, Bonn, 1963 (cit.: **Hansen**, *Einwilligung*).

**Harel, Alon,**

"Efficiency and Fairness in Criminal Law: The Case for a Criminal Law Principle of Comparative Fault", en: CalLR 82 (1994), pp. 1181 a 1229.

**Hart, H.L.A. y Honoré, A.M.,**

*Causation in the Law*, (reimpresión), Oxford, 1973 (cit.: **Hart/Honoré**, *Causation in the Law*).

**Hassemer, Raimund,**

*Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB*, Berlin, 1981 (cit.: **R. Hassemer**, *Schutzbedürftigkeit*).

**Hassemer, Winfried,**

*Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, reimpresión, Kronberg/Ts., 1975 (cit.: **W. Hassemer**, *Theorie und Soziologie des Verbrechens*).

"Rücksichten auf das Verbrechensoffer", en: **Günter Kohlmann** (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, tomo II, Köln, 1983, pp. 217 a 234 (cit.: **W. Hassemer**, FS Klug II) (= "Consideraciones sobre la víctima del delito" [traducción de Rocío Cantarero Bandrés], en: ADPCP 1990, pp. 241 a 259).

Comentario a BGH JuS 1984, 724 [= BGHSt 32, 262], en: JuS 1984, p. 724.

Comentario previo al § 1, en: **Hassemer et al.** (redacción **Kurt Seelmann**), *Kommentar zum Strafgesetzbuch. Reihe Alternativkommentare*, tomo 1, §§ 1 a 21, Neuwied, 1990 (cit.: **AK-Hassemer**).

*Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2ª edición, München, 1990 (cit.: **W. Hassemer**, *Grundlagen*) (= *Fundamentos del Derecho penal*, traducción [de la primera edición alemana, 1984] y notas de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, prólogo de Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1984).

**Hegel, Georg Wilhelm Friedrich,**

*Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1821; ed. a cargo de Eva Moldenhauer y Karl Markus Michel, Frankfurt am Main, 1993 (cit.: **Hegel**, *Grundlinien*) (= *Fundamentos de la filosofía del derecho*, traducción de Carlos Díaz [de

la edición alemana de K.H. Ilting], Madrid, 1993).

**Helgerth, Roland,**

"Aids - Einwilligung in infektiösen Geschlechtsverkehr", en: NStZ 1988, pp. 261 a 264.

Comentario a la sentencia BGH NStZ 1989, 114, en: NStZ 1989, pp. 117 y s.

**Henry, Christine, y Beyer, Johanna,**

"'Blaming the victim'. Die 'Schuldumkehr' in Vergewaltigungsprozessen", en: MSchrKrim 68 (1985), pp. 340 a 347.

**Hernández Plasencia, José Ulises,**

*La autoría mediata en Derecho penal*, Granada, 1996 (cit.: Hernández Plasencia, *La autoría mediata*).

**Herrera Moreno, Myriam,**

"Sobre los orígenes científicos de la victimología", en: CPC 1995, pp. 481 a 517.

**Herzberg, Rolf Dietrich,**

"Noch einmal: Förderung einer Selbstschädigung im Maßregelvollzug BGH NJW 1983, 462", en: JuS 1984, pp. 937 a 939.

"Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt", en: JA 1985, pp. 131 a 138, 177 a 185, 265 a 272, 336 a 345.

"Zur Strafbarkeit des Aids-Infizierten bei unabgeschirmten Geschlechtsverkehr", en: NJW 1987, pp. 2283 y s.

"Straffreies Töten bei Eigenverantwortlichkeit des Opfers?", en: NStZ 1989, pp. 559 a 561.

**Herzog, Felix, y Nestler-Tremel, Cornelius,**

"Aids und Strafrecht - Schreckensverbreitung oder Normstabilisierung?", en: StV 1987, pp. 360 a 371.

**Hillenkamp, Thomas,**

"Verkehrsgefährdung durch Gefährdung des Tatbeteiligten", comentario a OLG Stuttgart, NJW 1976, p. 1904, en: JuS 1977, pp. 166 a 172.

*Der Einfluß des Opferverhaltens auf die dogmatische Beurteilung der Tat - einige Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Viktimologie und Dogmatik*, (Juristische Studiengesellschaft Hannover Heft 9), Bielefeld, 1983 (cit.: **Hillenkamp**, *Einfluß*).

**Hirsch, Hans-Joachim,**

"Soziale Adäquanz und Unrechtslehre", en: ZStW 74 (1962), pp. 78 a 135.

Comentario a la sentencia BGH JR 1979, p. 429, en: JR 1979, pp. 429 a 433.

"Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel", en: *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Köln etc., 1988, pp. 399 a 427 (cit.: **Hirsch**, FS Universität zu Köln).

"Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts", ZStW 102 (1990), pp. 534 a 562.

"25 Jahre Entwicklung des Strafrechts", en: *25 Jahre Rechtsentwicklung in Deutschland - 25 Jahre Juristische Fakultät der Universität Regensburg*, München, 1993, pp. 35 a 56.

Comentario previo al § 32, en: *StGB. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11ª edición, Berlin-New York, 1993 (cit.: **LK<sup>11</sup>-Hirsch**).

**Hohmann, Ralf, y König, Pia,**

"Zur Begründung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in den Fällen der aktiven Suizidteilnahme", en: NSTZ 1989, pp. 304 a 309.

**Hohmann, Ralf,**

"Betäubungsmittelstrafrecht und Eigenverantwortlichkeit?" (Comentario a la sentencia BGH MDR 1991, p. 75), en: MDR 1991, pp. 1117 y s.

**Honig, Richard,**

"Kausalität und objektive Zurechnung", en: **August Hegler et al.** (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft*, tomo I, Tübingen, 1930, pp. 174 a 201 (cit.: **Honig**, FG Frank I).

**Horn, Eckhard,**

Comentario a BGH JR 1984, pp. 511 y ss. [= BGHSt 32, 262], en: JR 1984, pp. 513 y s.

Comentario al § 212, en: **Rudolphi et al.**, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band II. Besonderer Teil* (§§ 80 a 256) (cit.: **SK-Horn**).

**Hugger, Heiner,**

"HIV-Übertragung als mitherrschaftliche Beteiligung an fremder Selbstverletzung - BayObLG NJW 1990", 131, en: JuS 1990, pp. 972 a 977.

**Jähnke, Burkhard, Laufhütte, Heinrich Wilhelm, Odersky, Walter** (ed.) et al.,

*StGB. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 10ª edición, Berlin-New York, 1989; 11ª edición, Berlin-New York, 1993 (cit.: **LK<sup>11</sup>-autor**).

**Jähnke, Burkhard,**

Comentario previo al § 211, en: *StGB. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 10ª edición, Berlin-New York, (cit.: **LK<sup>10</sup>-Jähnke**).

**Jakobs, Günther,**

*Schuld und Prävention*, Tübingen, 1976.

"Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich zur Begründung der strafrechtlichen Haftung bei Begehung", en: ZStW 89 (1977), pp. 1 a 35 (= "La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión" [traducción de Manuel Cancio Meliá], en: **Günther Jakobs**, *Estudios de Derecho penal*, en prensa).

"Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", ZStW 97 (1985), pp. 751 a 785 (= "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico" [traducción de Enrique Peñaranda Ramos], en: **Jakobs**, *Estudios de Derecho penal* [vid. supra]).

"Risikokonkurrenz - Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht", en: **Wilfried Küper et al.** (ed.), *Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987*, pp. 53 a 75 (cit.: **Jakobs**, FS Lackner) (= "Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en Derecho penal" [traducción de Carlos Suárez González y Manuel Cancio Meliá], en: ADPCP 1989, pp. 1053 y ss.).

"Tätervorstellung und objektive Zurechnung", en: **Gerhard Dornseifer et al.** (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln etc., 1989, pp. 271 a 288 (cit.: **Jakobs**, GS Armin Kaufmann) (= "Representación del autor e imputación objetiva" [traducción de Carlos Suárez González], en: ADPCP 1989, pp. ).

"Behandlungsabbruch auf Verlangen und § 216 StGB (Tötung auf Verlangen)", en: **H. Schütz et al.** (ed.), *Medizinrecht - Psychopathologie Rechtsmedizin. Diesseits und jenseits der Grenzen von Recht und Medizin. Festschrift für Günter Schewe*, Berlin etc. 1991, pp. 72 y ss. (cit.: **Jakobs**, FS Schewe) (= "La interrupción del tratamiento médico a petición del paciente y el § 216 StGB [homicidio a petición]" [traducción de Manuel Cancio Meliá], en: **Jakobs**, *Estudios de Derecho penal* [vid. supra]).

*Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 1ª edición, Berlin etc., 1983; 2ª edición, Berlin etc., 1991 (cit.: **Jakobs**, AT<sup>1</sup>, AT<sup>2</sup>) (= *Derecho penal, Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* [traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo de la segunda edición alemana], Madrid, 1995).

*Der strafrechtliche Handlungsbegriff. Kleine Studie*, München, 1992 (cit.: **Jakobs**, *Handlungsbegriff*) (= "El concepto jurídico-penal de acción" [traducción de Manuel Cancio Meliá], en: **Jakobs**, *Estudios de Derecho penal* [vid. supra]).

"Zum Unrecht der Selbsttötung und der Tötung auf Verlangen. Zugleich zum Verhältnis von Rechtlichkeit und Sittlichkeit", en: **Frithoft Haft** et al. (ed.), *Strafge- rechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1993, pp. 459 a 472 (cit.: **Jakobs**, *FS Kaufmann*) (= *Sobre el injusto del suicidio y del homicidio a petición. Estudio sobre la relación entre juridicidad y eticidad* [traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti], Santafé de Bogotá, 1996).

*Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993 (= "El principio de culpabilidad" [traducción de Manuel Cancio Meliá], en: *ADPCP* 1992, pp. 1051 a 1083).

*La imputación objetiva en Derecho penal* (traducción de Manuel Cancio Meliá), Madrid, 1996 (= Bogotá, 1994; = Buenos Aires, 1996) (cit.: **Jakobs**, *La imputación objeti- va*).

*La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, Santafé de Bogotá, 1996 (traducción de Manuel Cancio Meliá) (cit.: **Jakobs**, *La autoría mediata*).

"Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und 'alteuro- päischem' Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", en: *ZStW* 107 (1995), pp. 843 a 876 (= *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* [traducción de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez], Madrid, 1996).

"Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Or- ganisation", en: *GA* 1996, pp. 253 a 268.

*Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, Opladen, 1996 (cit.: **Jakobs**, *Tun und Unterlassen*).

"La organización de autolesión y heterolesión, espe- cialmente en caso de muerte" (traducción de Manuel Can- cio Meliá), en: **Jakobs**, *Estudios de Derecho penal* (vid. supra) (cit.: **Jakobs**, "La organización de autolesión y heterolesión", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*).

"La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de

los institutos jurídico-penales 'riesgo permitido', 'prohibición de regreso' y 'principio de confianza' (traducción de Enrique Peñaranda Ramos), en: **Jakobs**, *Estudios de Derecho penal* (vid. supra) (cit.: **Jakobs**, "La imputación objetiva", en: *idem*, *Estudios de Derecho penal*).

**Jescheck, Hans-Heinrich, y Weigend, Thomas,**

*Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª edición, Berlin, 1996 (cit.: **Jescheck/Weigend**, AT<sup>6</sup>).

**Jescheck, Hans-Heinrich,**

*Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 2ª edición, Berlin, 1972; 4ª edición, Berlin, 1988 (cit.: **Jescheck**, AT<sup>2</sup>, AT<sup>4</sup>) (= *Tratado de Derecho penal. Parte General* [traducción de José Luis Manzanares Samaniego], Granada, 1993; traducción de la 3ª edición [1978] y adiciones de Derecho español de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, 1981 [dos volúmenes]).

**Jiménez de Asúa, Luis,**

*Tratado de Derecho penal, tomo V, la culpabilidad*, 3ª edición, Buenos Aires, 1976 (cit.: **Jiménez de Asúa**, *Tratado V*).

**Jorge Barreiro, Agustín,**

"La relevancia jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico", en: CPC 1982, pp. 5 a 33.

*El allanamiento de morada*, Madrid, 1987.

*La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Madrid, 1990 (cit.: **Jorge Barreiro**, *La imprudencia punible*).

**Joshi Jubert, Ujala,**

"Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas (comentario a la STS de 25.10.1988)", en: ADPCP 1989, pp. 731 a 748.



**Juanatey Dorado, Carmen,**

*Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid, 1994.

**Jung, Heike,**

"Die Stellung des Verletzten im Strafprozeß", en: ZStW 97 (1981), pp. 1147 a 1176.

"Das Vierte Internationale Symposium für Viktimologie. Ein Tagungsbericht", en: MSchrKrim 67 (1984), pp. 125 a 134.

"Das Opferschutzgesetz", en: JuS 1987, pp. 157 a 160.

"Täter-Opfer-Ausgleich. Anmerkungen zu seiner Bedeutung für das Rechtssystem", en: MSchrKrim 76 (1993), pp. 50 a 56.

**Kaiser, Günther,**

*Kriminologie. Eine Einführung in die Grundlagen*, 9ª edición, Heidelberg, 1993 (cit.: **Kaiser**, *Kriminologie*).

**Kaufmann, Armin,**

"'Objektive Zurechnung' beim Vorsatzdelikt?", en: **Theo Vogler et al.** (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, tomo I, Berlin, 1985, pp. 251 a 271 (cit.: **Armin Kaufmann**, FS Jescheck I) (= "¿'Atribución objetiva' en el delito doloso?" [traducción de Joaquín Cuello Contreras], en: ADPCP 1985, pp. 807 a 826)

**Kellner, Franz,**

*Die Einwilligung in die Lebensgefährdung*, Regensburg, 1974 (cit.: **Kellner**, *Einwilligung*).

**Kiefl, Walter y Lamnek, Siegfried,**

*Soziologie des Opfers. Theorie, Methoden und Empirie der Viktimologie*, München, 1986 (cit.: **Kiefl/Lamnek**, *Soziologie des Opfers*).

**Kienapfel, Diethelm,**

Comentario a BGH JZ 1984, pp. 750 y s. [= BGHSt 32, 262], en: JZ 1984, pp. 751 y s.

*Strafrecht. Allgemeiner Teil. Eine systematische Darstellung des österreichischen Strafrechts*, 4ª edición, Wien, 1991 (cit.: **Kienapfel**, AT<sup>4</sup>).

**Kitzinger,**

Comentario al auto del LG München II de 14.6.1920, en: JW 1920, p. 922.

**Klee, Karl,**

"Selbstverletzung und Verletzung eines Einwilligenden", en: GA 48 (1901), pp. 177 a 207, 337 a 349; GA 49 (1902), pp. 246 a 254.

**Kleinfeller, Georg,**

"Die Anreizung des Täters durch den Angegriffenen", en: Münchener Festgabe für Karl von Birkmeyer zum 27. Juni 1917, Aalen, 1992 (reimpresión de las contribuciones aparecidas en GA 63 a 65 [1917/1918]), pp. 131 a 191 (cit.: **Kleinfeller**, FG Birkmeyer).

**Kohlhaas,**

"Strafrechtlich wirksame Einwilligung bei Fahrlässigkeitstaten?", en: DAR 1960, pp. 348 a 350.

**Köhler, Michael,**

*Die bewußte Fahrlässigkeit. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1982 (cit.: **Köhler**, *Die bewußte Fahrlässigkeit*).

"Freiheitliches Rechtsprinzip und Betäubungsmittelstrafrecht", en: ZStW 104 (1992), pp. 3 a 64.

**Kratzsch, Dietrich,**

*Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht.*

*Ansätze zur Reform des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs und der Regeln der Gesetzesanwendung*, Berlin, 1985 (cit.: **Kratzsch**, *Verhaltensteuerung*).

"Aufgaben- und Risikoverteilung als Kriterien der Zurechnung im Strafrecht", en: **Rolf Dietrich Herzberg** (ed.), *Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag*, Köln etc., 1985, pp. 65 a 81 (cit.: **Kratzsch**, *FS Oehler*).

**Krey, Volker,**

*Strafrecht Besonderer Teil. Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung. Band 1, Besonderer Teil ohne Vermögensdelikte*, 10ª edición, Stuttgart etc., ??? (cit.: **Krey**, *BT 1<sup>10</sup>*).

**Kuhlen, Lothar,**

*Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung*, Köln etc., 1989.

**Kühl, Kristian,**

Comentario a BGH JR 1988, pp. 336 y ss., en: JR 1988, pp. 338 a 340.

**Kunz, Karl-Ludwig,**

"Aids und Strafrecht: Die Strafbarkeit der HIV-Infektion nach schweizerischem Recht", en: ZStrR 107 (1990), pp. 39 a 67.

**Küpper, Georg,**

*Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Berlin, 1990 (cit.: **Küpper**, *Grenzen*).

**Kurth, Frowin Jörg,**

*Das Mitverschulden des Opfers beim Betrug*, Frankfurt am Main etc., 1984.

**Lackner, Karl,**

*Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 20ª edición de la obra fundada por Eduard Dreher y Hermann Maassen, München, 1993 (cit.: **Lackner**, *StGB*<sup>20</sup>).

**Landrove Díaz, Gerardo,**

"La victimización del delincuente", en: **Antonio Beristain/José Luis de la Cuesta** (ed.), *Victimología*, pp. 149 a 158, San Sebastián, 1990, (cit.: **Landrove Díaz**, en: **Beristain/de la Cuesta** [ed.], *Victimología*).

"La víctima y el juez", en: **Antonio Beristain/José Luis de la Cuesta** (ed.), *Victimología* (vid. supra), pp. 183 a 194 (cit.: **Landrove Díaz**, en: **Beristain/de la Cuesta** [ed.], *Victimología*).

**Langrock, Günter,**

"Zur Einwilligung in die Verkehrsgefährdung - BGH MDR 1970, 689", en: MDR 1970, pp. 982 a 984.

**Larenz, Karl,**

*Hegels Zurechnungslehre und der Begriff der objektiven Zurechnung. Ein Beitrag zur Rechtsphilosophie des kritischen Idealismus und zur Lehre von der "juristischen Kausalität"*, reimpression de la edición de Leipzig de 1927, Aalen, 1970 (cit.: **Larenz**, *Hegels Zurechnungslehre*).

"Tatzurechnung und 'Unterbrechung des Kausalzusammenhanges'", NJW 1955, pp. 1009 a 1013.

"Zum heutigen Stand der Lehre von der objektiven Zurechnung im Schadensersatzrecht", en: *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, pp. 79 a 90 (cit.: **Larenz**, *FS Honig*).

*Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Studienausgabe*, Berlin etc., 1983 (cit.: **Larenz**, *Methodenlehre*).

**Larrauri Pijoan, Elena,**

"Notas preliminares para una discusión sobre la imputa-

ción objetiva", en: ADPCP 1988, pp. 715 a 775.

"Introducción a la imputación objetiva", en: EPCr XII (1989), pp. 221 a 248.

"Victimología: ¿quiénes son las víctimas? ¿cuáles sus derechos? ¿cuáles sus necesidades?", en **Bustos Ramírez-Larrauri Pijoan**, *Victimología: presente y futuro (hacia un sistema penal de alternativas)*, Barcelona, 1993 (cit.: **Larrauri Pijoan**, en: **Bustos Ramírez-Larrauri Pijoan**, *Victimología*) (= "Victimologia: Qui són les víctimes? Quins són els seus drets? Quines són les seves necessitats?", en: vv.aa., *De les causes del delictes a la producció del control. El debat actual de la criminologia*, Barcelona, 1992, pp. 133 a 157).

**Lascuraín Sánchez, Juan Antonio,**

*La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo*, Madrid, 1994.

**Lenckner, Theodor, Cramer, Peter, Eser, Albin, Stree, Walter,**

*Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24ª edición, München, 1991 (cit.: *S/S<sup>24</sup>-autor*).

**Lenckner, Theodor,**

Comentario previo al § 13, en: **idem et al.**, *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, 24ª edición, München, 1991 (cit.: *S/S<sup>24</sup>-Lenckner*).

**Lesch, Heiko H.,**

"Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung", *ZStW* 105 (1993), pp. 271 a 294.

**Licitra, Barbara,**

"Orientamenti giurisprudenziali in tema di consenso dell' avente diritto", en: *Cass.Pen.* 1985, pp. 503 a 524.

von Liszt, Franz y Schmidt, Eberhard,

*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Erster Band, Einleitung und Allgemeiner Teil*, 26ª edición renovada por Eberhard Schmidt, Berlin y Leipzig, 1932 (cit.: v. Liszt/Eb. Schmidt, *Lehrbuch*).

Loos, Fritz,

Comentario a BGH JR 1982, 341, en: JR 1982, pp. 342 y s.

"H. Welzel. Die Suche nach dem Überpositiven im Recht", en: *idem* [ed.], *Rechtswissenschaft in Göttingen*, Göttingen, 1987, pp. 487 a 509.

Luzón Domingo, Manuel,

"Trascendencia penal de la culpa de la víctima (determinación de la contribución causal de cada sujeto y valoración penal)" [nota a STS 15.11.1969], en: RDCir 1970, pp. 80 a 82.

"Concurrencia de conductas culposas a la causación del evento (supuestos en que la culpa de la víctima carece de trascendencia, en que degrada la del agente y en que rompe el nexo causal)" [nota a STS 19.6.1972], en: RDCir 1972, pp. 380 y s.

Luzón Peña, Diego-Manuel,

"La pretendida interrupción del nexo causal (Comentario a la Sentencia TS 12-6-1973)", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación (Estudios de la jurisprudencia del Tribunal Supremo)*, 2ª edición, Barcelona, 1990, pp. 25 a 30 (= RDCir 1973, pp. 444 y ss.).

Notas a la traducción española (de Diego-Manuel Luzón Peña) de Claus Roxin, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976 (cit.: Luzón Peña, *Notas a Roxin, Problemas básicos*).

"Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes (Comentario a las Sentencias TS 28.4.1978 y 3.5.1978)", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación* (cfr. *supra*), pp. 73 a 80 (cit.: Luzón Peña, "Concurrencia de culpas y autoría o participación en los delitos imprudentes", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación*) (= RDCir 1978, pp. 387 y ss.).

"Causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de injusto (Comentario a la Sentencia TS 20.5.1981", en: *Derecho penal de la Circulación* (cfr. *supra*), pp. 31 a 44 (= AJ 1981, pp. 78 y ss.; en parte también RDCir 1981, pp. 501 y ss.).

"Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente: valoración de las aportaciones causales. Comentario a la STS 27.1.1984", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación* (cfr. *supra*), pp. 81 a 103 (cit.: **Luzón Peña**, "Autoría e imputación objetiva en el delito imprudente", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>) (= RDCir 1984, pp. 275 y ss.).

"La 'determinación objetiva del hecho'. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación* (cfr. *supra*), pp. 105 a 133 (cit.: **Luzón Peña**, "La 'determinación objetiva del hecho'", en: *idem*, *Derecho penal de la circulación*<sup>2</sup>) (= ADPCP 1989, pp. 889 y ss.).

"Problemas de la transmisión y prevención del SIDA en el Derecho penal español", en: **Santiago Mir Puig** (ed.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993, pp. 11 a 23 (cit.: **Luzón Peña**, en: **Mir Puig** [ed.], *Problemas jurídico penales del SIDA*).

"Conducción con influencia de bebidas alcohólicas: concurso con el delito imprudente y posible degradación como imprudencia por culpa concurrente", PJ 21 (1991), pp. 129 a 138 (= RDCir 1991, pp. 147 y ss.).

"La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito", en: *idem*/**Mir Puig**, *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Pamplona, 1995, pp. 199 a 213 (= ADPCP 1993, pp. 21 a 33 y en: **J.M. Silva Sánchez** (ed. española), **B. Schünemann**/**J. de Figueiredo Dias** (coord.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-homenaje a Claus Roxin con ocasión de su doctorado honoris causa por la Universidad de Coimbra*, Barcelona, 1995, pp. 115 a 127).

Voz "imputación objetiva", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II (COR-IND), Madrid, 1995, pp. 3465 a 3470.

*Curso de Derecho Penal. Parte General I*, Madrid, 1996 (cit.: **Luzón Peña**, PG I).

**Maiwald, Manfred,**

Recensión a **Raimund Hassemer**, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des Irrtumsmerkmals in § 263 StGB*, Berlin, 1981, en: *ZStW* 96 (1984), pp. 70 a 76.

"Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung", en: **Kühne** (ed.), *Festschrift für Koichi Miyazawa*, Baden-Baden, 1995, pp. 465 a 482 (cit.: **Maiwald**, FS Miyazawa).

**Mantovani, Ferrando,**

*Diritto penale. Parte generale*, 2ª edición, Padova, 1988 (cit.: **Mantovani**, PG).

**Mapelli Caffarena, Borja, y Terradillos Basoco, Juan**

*Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª edición, Madrid, 1996.

**Martínez Escamilla, Margarita,**

*La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992.

"¿Relevancia en los comportamientos alternativos conformes a Derecho en la imputación objetiva del resultado?", en: **Enrique Gimbernat/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter** [ed.]: *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994, pp. 103 a 113 (cit.: **Martínez Escamilla**, en: **Gimbernat/Schünemann/Wolter**, *Omisión e imputación objetiva*).

**Maurach, Reinhart, Gössel, Karl Heinz y Zipf, Heinz,**

*Strafrecht Allgemeiner Teil 2. Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat. Ein Lehrbuch*, (continuación por **Gössel y Zipf** de la obra iniciada por **Maurach**), 7ª edición, Heidelberg, 1989 (cit.: **Maurach/Gössel**, AT 2ª).

**Mawby, R. I., y Walklate, Sandra,**

*Critical Victimology. International Perspectives*, London etc., 1994 (cit.: **Mawby/Walklate**, *Critical Victimology*).



**Mayer, Hans-Walter,**

"Die ungeschützte geschlechtliche Betätigung des Aidsinfizierten unter dem Aspekt der Tötungsdelikte ein Tabu?", JuS 1990, pp. 784 a 788.

**Mayer, Hellmuth,**

*Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart/Köln, 1953 (cit.: H. Mayer, AT).

**McCardell, Vivian S.,**

"Victim's Intoxication in Vehicular Homicide - Commonwealth v. Uhrinek, 518 Pa. 532, 544 A. 2d. 947 (1988)", en: TempLR 62 (1989), pp. 783 a 791.

**Melero Merino, Francisco Javier,**

"Codificación e interpretación en el Derecho penal (introducción al estudio del Derecho sustantivo angloamericano)", en: ADPCP 2/1994, pp. 81 a 104.

**Meurer, Dieter,**

Recensión a Schumann, *Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986, en: NJW 1987, pp. 2424 y s.

**Meyer, Maria-Katharina,**

*Ausfluß der Autonomie durch Irrtum. Ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung*, Köln etc., 1984 (cit.: Meyer, Autonomie).

**Mir Puig, Santiago,**

*Adiciones de Derecho español al Tratado de Derecho penal, Parte General de Jescheck*, Barcelona, 1981 (cit.: Mir Puig, Adiciones a Jescheck, PG).

"Sobre el consentimiento en el homicidio imprudente (comentario a la STS de 17.7.1990)", en: ADPCP 1991, pp. 259 a 267.

"Dogmática creadora y política criminal", en: *idem*, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pp. 11 a 27 (= RJCat 1978, pp. 649 y ss.).

*Derecho penal, Parte General (Fundamentos y Teoría del delito)*, 3ª edición, Barcelona, 1990; 4ª edición, Barcelona, 1996 (cit.: *Mir Puig*, PG<sup>3</sup>, PG<sup>4</sup>).

**Mittermaier, W.,**

Comentario a la sentencia del RG de 11.6.1925, JW 1925, pp. 2250 y ss., en: JW 1925, pp. 2250 y s.

**Molketin, Rüdiger,**

Comentario a la sentencia BayObLG, NZV 1989, p. 80, en: NZV 1989, pp. 80 y s.

**Montés Penadés, Vicente L.,**

Comentario al art. 114, en: *Tomás S. Vives Antón* (coord.) et al., *Comentarios al Código penal de 1995*, volumen I (arts. 1 a 233), pp. 609 a 614 (cit.: *Montés Penadés*, ComCP 1995 I).

**Muñoz Conde, Francisco,**

"Provocación al suicidio mediante engaño: un caso límite entre autoría mediata en asesinato y auxilio e inducción al suicidio", en: ADPCP 1987, pp. 301 a 317 (= ZStW 106 [1994], pp. 547 a 564).

*Teoría general del delito*, 2ª edición, Valencia, 1991.

**Müssig, Bernd J. A.,**

*Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz (Zu den materiellen Konstitutionskriterien sog. Universalrechtsgüter und deren normentheoretischem Fundament - am Beispiel der Rechtsgutbestimmung für die §§ 129, 129 a und 324 StGB)*, Frankfurt am Main, 1994 (cit.: *Müssig*, *Schutz abstrakter Rechtsgüter und abstrakter Rechtsgüterschutz*).

**Naucke, Wolfgang,**

"Über das Regreßverbot im Strafrecht", en: ZStW 76 (1964), pp. 409 a 440.

"Der Kausalzusammenhang zwischen Täuschung und Irrtum beim Betrug. Zum Verhältnis zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik", en: **Klaus Lüderssen/Fritz Sack** (ed.), *Seminar: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität 1*, Frankfurt am Main, 1975, pp. 332 a 345 (cit.: **Naucke**, en: *Abweichendes Verhalten II 1*) (= **Jürgen Baumann/Klaus Tiedemann** [ed.], *Einheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1974, pp. 109 a 120).

**Neumann, Ulfrid,**

"Abgrenzung von Teilnahme am Selbstmord und Tötung in mittelbarer Täterschaft BGHSt 32, 38", en: JuS 1985, pp. 677 a 682.

"Die Stellung des Opfers im Strafrecht", en: **Winfried Hassemer** (ed.), *Strafrechtspolitik, Bedingungen der Strafrechtsreform*, Frankfurt am Main etc., 1987, pp. 225 a 253 (cit.: **Neumann**, en: **Hassemer** [ed.], *Strafrechtspolitik*).

"Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des 'Opfers'", en: JA 1987, pp. 244 a 256.

Recensión de **Rainer Zaczyk**, *Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, en: GA 1996, pp. 36 a 39.

**Norrie, Alan,**

*Crime, Reason and History. A Critical Introduction to Criminal Law*, London, 1993 (cit.: **Norrie**, *Crime*).

**Octavio de Toledo y Ubieta, Emilio, y Huerta Tocildo, Susana,**

*Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito*, 2ª edición, Madrid, 1986 (cit.: **Octavio de Toledo y Ubieta/Huerta Tocildo**, *PG*<sup>2</sup>).

Ormerod, D.C., y Gunn, M.J.,

"Consent - a Second Bash", en: *CrimLR* 1996, pp. 694 a 706.

Otto, Harro,

"Kausaldiagnose und Erfolgszurechnung im Strafrecht", en: **Friedrich-Christian Schroeder/Heinz Zipf** (ed.): *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe, 1972, pp. 91 a 105 (cit.: Otto, FS Maurach).

"Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung im Strafrecht - OLG Hamm, NJW 1973, 1422", en: *JuS* 1974, pp. 702 a 710.

"Selbstgefährdung und Fremdverantwortung" (comentario a la sentencia BGH NJW 1984, 1469 [= BGHSt 32, 262], en: *Jura* 1984, pp. 536 a 541.

"Eigenverantwortliche Selbstschädigung und -gefährdung sowie einverständliche Fremdschädigung und -gefährdung", en: **Hans-Heinrich Jescheck/Theo Vogler** (ed.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 1989, pp. 157 a 175 (cit.: Otto, FS Tröndle).

*Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre*, 4ª edición, Berlin-New York, 1992 (cit.: Otto, AT<sup>4</sup>).

"Einverständnis, Einwilligung und eigenverantwortliche Selbstgefährdung", en: **Ellen Schlüchter** (ed.), *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds*, Lübeck, 1995, pp. 603 a 622 (cit.: Otto, FS Geerds).

Paredes Castañón, José Manuel y Rodríguez Montañes, Teresa,

*El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995.

Paredes Castañón, José Manuel,

"Consentimiento y riesgo en las actividades deportivas: algunas cuestiones jurídico-penales", en: *ADPCP* 1990, pp. 633 a 656.

*El riesgo permitido en Derecho Penal (Régimen jurídico-*

penal de las actividades peligrosas), Madrid, 1995 (cit.: **Paredes Castañón**, *El riesgo permitido*).

**Peñaranda Ramos, Enrique, Suárez González, Carlos, Cancio Meliá, Manuel,**

"Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs", introducción a **Günther Jakobs**, *Estudios de Derecho penal*, en prensa (cit.: **Peñaranda Ramos/Suárez González/Cancio Meliá**, en: **Jakobs**, *Estudios de Derecho penal*).

**Peñaranda Ramos, Enrique,**

*La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, Madrid, 1990 (cit.: **Peñaranda Ramos**, *La participación*).

**Pérez Manzano, Mercedes,**

"Acerca de la imputación objetiva de la estafa", en: *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 285 a 309.

**Perkins, Rollin M.,**

*Criminal Law*, 2ª edición, Mineola (New York), 1969.

**Peters, Karl,**

"Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip", en: **Günter Stratenwerth et al.** (ed.), *Festschrift für Hans Welzel*, Berlin, 1974, pp. 415 a 429.

**Pittaro, Paolo,**

"A proposito di vittimologia", en: *IP* 1977, pp. 587 a 595.

**Portilla Contreras, Guillermo,**

"Tratamiento dogmático-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero con aceptación de

la víctima de la situación de riesgo", en: CPC 1991, pp. 695 a 738.

**Preuß, Wilhelm,**

*Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, Berlin, 1974 (cit.: **Preuß, Untersuchungen**).

**von Prittwitz und Gaffron,**

"Über die Fahrlässigkeitsvergehen des Deutschen Strafgesetzbuches und deren Bestrafung", en: GA 30 (1882), pp. 145 a 169.

**Prittwitz, Cornelius,**

"Strafbarkeit des HIV-Virusträgers trotz Aufklärung des Sexualpartners?", en: NJW 1988, pp. 2942 y s.

"Aidsbekämpfung - Aufgabe oder Selbstaufgabe des Strafrechts?", en: KJ 1988, pp. 304 a 309.

"Das deutsche Strafrecht: Fragmentarisch? Subsidiär? Ultima ratio? Gedanken zu Grund und Grenzen gängiger Strafrechtsbeschränkungspostulate", en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt am Main, 1995, pp. 387 a 405 (cit.: **Prittwitz**, en: Institut für Kriminalwissenschaften [ed.], *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*).

**Puppe, Ingeborg,**

Comentario previo a los §§ 13 y ss., en: **Ulfrid Neumann/Heike Jung** (ed.), *Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1ª edición, Baden-Baden, 1995 (cit.: **NK-Puppe**).

**Quillmann, Hella-Regina,**

*Die Bedeutung der Einwilligung in riskantes Handeln bei der Fahrlässigkeit*, Tübingen, 1978 (cit.: **Quillmann, Einwilligung**).

**Quintano Ripollés, Antonio,**

"Culpa e imprudencia en la doctrina y en la práctica",  
en: ADPCP 1954, pp. 45 a 70.

*Derecho penal de la culpa (imprudencia)*, Barcelona,  
1958.

**Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), Valle Muñiz, José Manuel  
(coord.), Morales Prats, Fermín, Prats Canut, José Miguel,  
Tamarit Sumalla, Josep Maria, García Alberó, Ramón,**

*Comentarios al Nuevo Código Penal*, Pamplona, 1996 (cit.:  
autor, ComNCP).

**Quintero Olivares, Gonzalo y Tamarit Sumalla, Josep Maria,**

Comentario al art. 114, en: **Gonzalo Quintero Olivares  
(dir.), José Manuel Valle Muñiz (coord.), ComNCP**, pp.  
569 a 572.

**Reyes Alvarado, Yesid,**

"Fundamentos teóricos de la imputación objetiva", en:  
ADPCP 1992, pp. 933 a 968 (= "Theoretische Grundlagen  
der objektiven Zurechnung", en: ZStW 105 [1993], pp. 108  
a 136).

*Imputación objetiva*, Bogotá, 1994.

**Riz, Roland,**

*Il consenso dell'avente diritto*, Padova, 1979.

**Rodríguez Devesa, José María, y Serrano Gómez, Alfonso,**

*Derecho Penal Español, Parte General*, 17ª edición, Ma-  
drid, 1994 (cit.: Rodríguez Devesa/Serrano Gómez, PG<sup>17</sup>).

**Rodríguez Manzanera, Luis,**

*Victimología. Estudio de la víctima*, México, 1988 (cit.:  
Rodríguez Manzanera, *Victimología*).

**Rodríguez Montañés, Teresa,**

Voz "imprudencia", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. II (COR-IND), Madrid, 1995, pp. 3371 a 3381.

**Rodríguez Mourullo, Gonzalo,**

*La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid, 1966 (cit.: **Rodríguez Mourullo**, *La omisión de socorro*).

"El autor mediato en Derecho penal español", en: ADPCP 1969, pp. 461 a 487.

*Derecho penal, Parte General*, 1ª reimpresión, Madrid, 1978 (cit.: **Rodríguez Mourullo**, PG).

"Consideraciones generales sobre la exclusión de la antijuricidad", en: *Estudios Penales. Libro Homenaje al Prof. J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 509 a 522 (cit.: **Rodríguez Mourullo**, LH Antón Oneca).

"La nueva regulación del caso fortuito", en: **Manuel Cobo del Rosal** (dir.)/ **Miguel Bajo Fernández** (coord.), *Comentarios a la Legislación Penal*, t. V vol. 1º, Madrid, 1985, pp. 91 a 116 (cit.: **Rodríguez Mourullo**, ComLP V 1).

*Aplicación judicial del Derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Madrid, 1988.

**Romeo Casabona, Carlos María,**

"El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código penal de 1980", en: CPC 1982, pp. 263 a 295.

**Rottleuthner, Hubert,**

"Probleme der rechtlichen Regulierung von Aids", en: KJ 1989, pp. 259 a 274.

**Roxin, Claus,**

"Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten", ZStW 74 (1962), pp. 411 a 444 (= "Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes" [traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña], en: **Roxin**, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, pp.



149 a 180).

"Zur Kritik der finalen Handlungslehre", ZStW 74 (1962), pp. 515 a 561 (= "Contribución a la crítica de la teoría final de la acción" [traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña], en: **Roxin**, *Problemas básicos del Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 84 a 127).

"Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht", en: *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, pp. 133 a 150 (cit.: **Roxin**, FS Honig) (= "Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal" [traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña], en: **Roxin**, *Problemas básicos* [vid. supra], pp. 128 a 148).

"Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten", en: **Karl Lackner** et al. (ed.), *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1973, pp. 241 a 259 (cit.: **Roxin**, FS Gallas) (= "Sobre el fin de protección de la norma en los delitos imprudentes" [traducción y notas de Diego-Manuel Luzón Peña], en: **Roxin**, *Problemas básicos* [vid. supra], pp. 181 a 199).

"Die Mitwirkung beim Suizid ein Tötungsdelikt?", en: **Hans-Heinrich Jescheck** y **Hans Lüttger** (ed.), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 1977, pp. 331 a 355 (cit.: **Roxin**, FS Dreher).

"Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht", en **G. Kohlmann** (ed.): *Festschrift für Ulrich Klug*, t. II, Köln, 1983, p. 303 a 313 (cit.: **Roxin**, FS Klug II).

Comentario a la sentencia BGH NStZ 1984, pp. 70 y s., en: NStZ 1984, pp. 71 a 73.

Comentario a la sentencia BGH NStZ 1984, p. 410 [= BGHSt 32, 262], en: NStZ 1984, pp. 411 y s.

"Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen", en: NStZ 1987, pp. 345 a 350.

"Die Stellung des Opfers im Strafsystem", en: RuP 1988, pp. 69 a 76.

"Bemerkungen zum Regreßverbot", en: **Hans-Heinrich Jescheck/Theo Vogler** (ed.), *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York, 1989, pp. 177 a 200 (cit.: **Roxin**, FS Tröndle).

"La problemática de la imputación objetiva" (traducción de Enrique Casas Barquero), en: CPC 1989, pp. 749 a 769.

"Finalität und objektive Zurechnung", en: **Gerhard Dornseifer** et al. (ed.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln etc., 1989, pp. 237 a 251 (cit.: **Roxin**, GS Armin Kaufmann) (= "Finalidad e imputación objetiva" [traducción de Enrique Casas Barquero], en: CPC 1990, pp. 131 a 146).

"Zur Wiedergutmachung als einer 'dritten Spur' im Sanktionensystem", en: **Gunther Arzt** et al. (ed.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 1992, pp. 243 a 254 (cit.: **Roxin**, FS Baumann).

*Política criminal y estructura del delito (elementos del delito en base a la política criminal)* (traducción de Juan Bustos Ramírez y Hernán Hormazábal Malarée), Barcelona, 1992 (cit.: **Roxin**, *Política criminal y estructura del delito*).

Comentario al § 25, en: **Jähne/Laufhütte/Odersky** (ed.) et al., *StGB. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11ª edición, Berlin-New York, 1993 (cit.: **LK<sup>11</sup>-Roxin**).

*Täterschaft und Tatherrschaft*, 6ª edición, Berlin-New York, 1994.

"Die Lehre von der objektiven Zurechnung", en: Chengchi Law Review 50 (1994), *Sonderausgabe zum Taiwanesisch-Deutsch-Spanischen Strafrechtlichen Symposium: Die Verwirrung zwischen dem Subjektiven und dem Objektiven - ein gordischer Knoten in der Strafrechtsdogmatik*, pp. 219 a 239 (reproducción del coloquio en pp. 240 a 257) (cit.: **Roxin**, Chengchi Law Review 50 [1994]).

*Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1ª edición, München, 1992; 2ª edición, München, 1994 (cit.: **Roxin**, AT I<sup>1</sup>, AT I<sup>2</sup>).

*Strafverfahrensrecht*, 24ª edición completamente reelaborada de la obra fundada por Eduard Kern, München, 1995.

**Rudolphi, Hans-Joachim, Horn, Eckhard, Samson, Erich, Günther, Hans-Ludwig,**

*Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. Allgemeiner Teil (§§ 1 a 37)*, 6ª edición, Neuwied etc., 1995 (cit.: **SK-autor**).

**Rudolphi, Hans-Joachim,**

"Vorhersehbarkeit und Schutzzweck der Norm in der strafrechtlichen Fahrlässigkeitslehre", en: JuS 1969, pp. 549 a 557.

Comentario al auto del BGH JZ 1991, 571, en: JZ 1991, pp. 572 a 574.

Comentarios previos al § 1, en: **idem et al.**, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. Allgemeiner Teil* (§§ 1 a 37) (cit.: **SK-Rudolphi**).

**Sáinz Cantero, José A.,**

*Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3ª edición, Barcelona, 1990.

**Salazar, Lorenzo,**

"Effetti del consenso alla partecipazione ad attività rischiose e rapporti con gli atti dispositivi dell'integrità fisica", en: Cass.Pen. 1983, pp. 282 a 285.

**Samson, Erich,**

Anexo al § 16, en: **Rudolphi et al.**, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. Allgemeiner Teil* (§§ 1 a 37) (cit.: **SK-Samson**).

Comentario al § 25, en: **Rudolphi et al.**, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. Allgemeiner Teil* (§§ 1 a 37) (cit.: **SK-Samson**).

**Sancinetti, Marcelo A.,**

"Inducción al suicidio y homicidio en autoría mediata. A propósito de un artículo de Francisco Muñoz Conde", en: DP 1988, pp. 255 a 281.

*Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Bogotá, 1995 (cit.: **Sancinetti**, *Fundamentación subjetiva del ilícito*).

*Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, 1996 (cit.: **Sancinetti**, *Subjetivismo e imputación objetiva*).

**Sax, Walter,**

"Zur rechtlichen Problematik der Sterbehilfe durch vorzeitigen Abbruch einer Intensivbehandlung (Überlegungen zum 'Unterlassen durch Tun', zum 'Schutzzweck der Norm' und zur 'scheinbaren Rechtsgutsverletzung')", en: JZ 1975, pp. 137 a 151.

**Schaffstein, Friedrich,**

"Handlungsunwert, Erfolgsunwert und Rechtfertigung bei den Fahrlässigkeitsdelikten", en: **Günter Stratenwerth** et al. (ed.), *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin etc., 1974, pp. 557 a 578 (cit.: **Schaffstein**, FS Welzel).

**Schild, Wolfgang,**

"Täter-Opferausgleich als Strafe", en: **Ellen Schlüchter** (ed.), *Kriminalistik und Strafrecht. Festschrift für Friedrich Geerds*, Lübeck, 1995, pp. 157 a 174.

**Schilling, Georg,**

"Abschied vom Teilnahmeargument bei der Mitwirkung zur Selbsttötung", en: JZ 1979, pp. 159 a 167.

**Schmidhäuser, Eberhard,**

*Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª edición, Tübingen, 1975, (cit.: **Schmidhäuser**, AT<sup>2</sup>).

Comentario a BGHSt 32, pp. 38 y ss., en: JZ 1984, p. 195.

**Schmidt, Eberhard,**

"Schlägermensur und Strafrecht", en: JZ 1954, pp. 369 a 375.

**Schneider, Hans Joachim,**

"Viktimologie: Theoretische Grundlagen und praktische Folgerungen", en: Jura 1988, pp. 635 a 640.

"La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal (nuevos desarrollos en la política criminal de los Estados Unidos, de la República Federal Alemana, del Consejo de Europa y de Naciones Unidas)" (traducción de Silvina Bacigalupo), en: CPC 1988, pp. 355 a 376.

"Berücksichtigung viktimologischer Gesichtspunkte bei der Reform des Strafrechts, des Strafverfahrens und des Strafvollzugs", en: ÖJZ 45 (1990), pp. 10 a 20.

*Einführung in die Kriminologie*, 3ª edición, Berlin - New York, 1993.

**Schrey, Robert,**

*Der Gegenstand der Einwilligung des Verletzten*, Breslau, 1928 (cit.: **Schrey**, *Gegenstand der Einwilligung*).

**Schroeder, Friedrich-Christian,**

Comentario al § 16, en: **Jähne/Laufhütte/Odersky** (ed.) et al., *StGB. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, 11ª edición, Berlin-New York, 1993 (cit.: *LK<sup>11</sup>-Schroeder*).

Beihilfe zum Selbstmord und Tötung auf Verlangen, en: ZStW 106 (1994), pp. 565 a 580.

**Schultz, Hans,**

"Kriminologische und strafrechtliche Bemerkungen zur Beziehung zwischen Täter und Opfer", en: ZStrR 71 (1956), pp. 171 a 192.

Recensión a **Thomas Hillenkamp**, *Vorsatztat und Opferverhalten*, en: ZStrR 100 (1983), pp. 112 a 114.

**Schumann, Heribert,**

*Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, Tübingen, 1986 (cit.: **Schumann**, *Selbstverantwortung*).

**Schüler-Springorum, Horst,**

"Über Victimologie", en: *Festschrift für Richard M. Honig*, Göttingen, 1970, pp. 201 a 215 (cit.: **Schüler-Springorum**, FS Honig).

**Schünemann, Bernd,**

"Moderne Tendenzen der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte", en: JA 1975, pp. 435 a 444, 511 a 516, 575 a 584, 647 a 656, 715 a 724, 787 a 798.

"Der strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen", en: ZStW 90 (1978), pp. 11 y ss.

"Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderen Teil des Strafrechts", en: **Arthur Kaufmann et al.** (ed.): *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, München, 1979, pp. 117 a 132 (cit.: **Schünemann**, FS Bockelmann).

"Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik", en: **Hans Joachim Schneider** (ed.), *Das Verbrechensoffer in der Strafrechtspflege*, Berlin-New York, 1982, pp. 407 a 421 (cit.: **Schünemann**, en: **Schneider** [ed.], *Verbrechensoffer*).

"Fahrlässige Tötung durch Abgabe von Rauschmitteln?" (comentario a la sentencia BGH NStZ 1981, p. 350), en: NStZ 1982, pp. 60 a 63.

"Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik: die viktimologische Maxime als umfassendes regulatives Prinzip zur Tatbestandseingrenzung im Strafrecht", en: **W. Zeidler et al.** (ed.), *Festschrift für Hans Joachim Faller*, München, 1984, pp. 357 a 372 (cit.: **Schünemann**, FS Faller).

"Einführung in das strafrechtliche Systemdenken", en: **idem** (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Berlin-New York, 1984, pp. 1 a 68 (= "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal", en: *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, pp. 31 y ss. [traducción e introducción de Jesús María Silva Sánchez] Madrid, 1991).

"Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege", en: NStZ 1986, pp. 193 a 200, 439 a 443.

"Die Rechtsprobleme der AIDS-Eindämmung Eine Zwi-

schenbilanz", en: **Bernd Schünemann/Gerd Pfeiffer** (ed.), *Die Rechtsprobleme von AIDS*, Baden-Baden, 1988, pp. 373 a 509 (cit.: **Schünemann**, en: **idem/Pfeiffer**, *Die Rechtsprobleme von AIDS*).

"Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?", en: JR 1989, pp. 89 a 95.

"Die strafrechtlichen Probleme des AIDS-Komplexes", en: **Max Busch/Wolfgang Heckmann/Erich Marks** (ed.), *HIV/AIDS und Straffälligkeit. Eine Herausforderung für Strafrechtspflege und Straffälligenhilfe*, Bonn, 1991, pp. 93 a 168 (cit.: **Schünemann**, en: **Busch/Heckmann/Marks**, *HIV/AIDS und Straffälligkeit*) (= "Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA" [traducción de Santiago Mir Puig], en: **Santiago Mir Puig** [ed.], *Problemas jurídico penales del SIDA*, Barcelona, 1993, pp. 25 a 99).

"Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft", en: GA 1995, pp. 201 a 229.

"AIDS und Strafrecht - Ein Überblick", en: **Andrzej J. Szwarc**, *AIDS und Strafrecht*, Berlin, 1996, pp. 9 a 60 (cit.: **Schünemann**, en: **Szwarc**, *AIDS und Strafrecht*).

**Seelmann, Kurt,**

"Paradoxien der Opferorientierung im Strafrecht", en: JZ 1989, pp. 670 a 676.

**Seier, J.**

"Strafrecht AT/BT: Fahrlässige Teilnahme an fremder Selbsttötung durch Heroin" (comentario a BGH JA 1984, p. 534 [= BGHSt 32, 262]), en: JA 1984, pp. 533 y s.

**Serrano González de Murillo, José Luis,**

*Teoría del delito imprudente (doctrina general y regulación legal)*, Madrid, 1991 (cit.: **Serrano González de Murillo**, *Teoría del delito imprudente*).

**Sessar, Klaus,**

"Über das Opfer. Eine viktimologische Zwischenbilanz",

en: **Theo Vogler et al.** (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, tomo II, Berlin, 1985, pp. 1137 a 1157 (cit.: **Sessar**, FS Jescheck II).

**Silva Sánchez, Jesús María,**

"Límites en la responsabilidad por imprudencia (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 27 de enero de 1984", en: *La Ley* 1984-4, pp. 1040 a 1046.

"Causación de la propia muerte y responsabilidad penal de terceros (a propósito de la STS 8 julio 1985, ponente Cotta y Márquez de Prado)", en: *ADPCP* 1987, pp. 451 a 477.

"¿Consideraciones victimológicas en la teoría jurídica del delito? Introducción al debate sobre la victimodogmática", en: **José Luis de la Cuesta et al.** (comp.), *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona, Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, Donostia-San Sebastián, 1989, pp. 633 a 646 (cit.: **Silva Sánchez**, LH Beristain).

"Innovaciones teórico-prácticas de la victimología en el Derecho penal", en: **Antonio Beristain/José Luis de la Cuesta** (ed.), *Victimología*, San Sebastián, 1990, pp. 75 a 83 (cit.: **Silva Sánchez**, en: **Beristain/de la Cuesta** [ed.], *Victimología*).

"La 'victimo-dogmática' en el Derecho extranjero", en: **Antonio Beristain/José Luis de la Cuesta** (ed.), *Victimología* (vid. supra), pp. 106 a 112 (cit.: **Silva Sánchez**, en: **Beristain/de la Cuesta** [ed.], *Victimología*).

"La 'victimo-dogmática' en el Derecho español", en: **Antonio Beristain/José Luis de la Cuesta** (ed.), *Victimología* (vid. supra), pp. 195 a 203 (cit.: **Silva Sánchez**, en: **Beristain/de la Cuesta** [ed.], *Victimología*).

"La víctima en el futuro de la dogmática", en: **Antonio Beristain/José Luis de la Cuesta** (ed.), *Victimología* (vid. supra), pp. 229 a 235 (cit.: **Silva Sánchez**, en: **Beristain/de la Cuesta** [ed.], *Victimología*).

Introducción a: **Bernd Schünemann** (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales* (traducción de Jesús María Silva Sánchez), Madrid, 1991, pp. 11 a 22.

*Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona,



1992 (cit.: **Silva Sánchez**, *Aproximación*).

"La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la 'víctimo-dogmática'", en: Consejo General del Poder Judicial (ed.), *La Victimología*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1993, pp. 13 a 52 (cit.: **Silva Sánchez**, en: CGPJ [ed.], *Victimología*).

"Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo", en: AP 1996, pp. 247 a 258.

**Smith, Sir John C.,**

Comentario a R. v. *Dear*, en: CrimLR 1996, p. 596.

**Solbach, Günter,**

"Übersicht Strafrecht BayObLG Urteil vom 15.9.1989", en: JA 1990, pp. 31 y s.

**Spendel, Günter,**

"Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung", en: JuS 1974, pp. 749 a 756.

**Stratenwerth, Günter,**

"Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht", en: **Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas** (ed.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen, 1961, pp. 188 a 400 (cit.: **Stratenwerth**, FS Eb. Schmidt).

*Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, 3ª edición, Köln etc., 1981 (cit.: **Stratenwerth**, AT I<sup>3</sup>).

**Stree, Walter,**

"Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung - BGHSt 32, 262 und BGH NStZ 1984, 452", en: JuS 1985, pp. 179 y ss.

**Struensee, Eberhard,**

"Objektive Zurechnung und Fahrlässigkeit", en: GA 1987, pp. 97 y ss. (= "Atribución objetiva e imprudencia" [traducción de José Luis Serrano González de Murillo], en: CPC 1991, pp. 449 a 458);

"Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts", en: JZ 1987, pp. 53 a 63. (= "El tipo subjetivo del delito imprudente" [traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo], en: ADPCP 1987, pp. 423 a 450).

**Suárez González, Carlos, y Cancio Meliá, Manuel,**

"La reformulación de la tipicidad a través de la teoría de la imputación objetiva", estudio preliminar a **Günther Jakobs**, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1996, pp. 21 a 88 (cit.: **Suárez González/Cancio Meliá**, en: **Jakobs**, *La imputación objetiva*).

**Tamarit Sumalla, Josep Maria,**

*La reparación a la víctima en el Derecho penal. Estudio y crítica de las nuevas tendencias político-criminales* (traducción del catalán de Eva Maldonado Seral y Carolina Villacampa Estiarte), Barcelona, 1994 (cit.: **Tamarit Sumalla**, *La reparación a la víctima*)

**Toepel, Friedrich,**

*Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1992 (cit.: **Toepel**, *Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang*).

**Torío López, Angel,**

"La noción jurídica del suicidio", en: *Estudios en Homenaje al profesor Serrano y Serrano*, vol. 2, Valladolid, 1965 (cit.: **Torío López**, LH Serrano y Serrano).

"Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva", en: ADPCP 1986, pp. 33 a 48.

"Fin de protección y ámbito de protección de la norma", en: EPCr X [1987], pp. 396 a 401.

"Significación dogmática de la 'compensación de culpas' en Derecho penal", en: *Estudios en memoria del Profesor Agustín Fernández Albor*, Santiago de Compostela, 1989, pp. 709 a 723 (cit.: **Torío López**, LH Fernández Albor).

**Triffterer, Otto,**

*Österreichisches Strafrecht. Allgemeiner Teil* (con colaboración de **Kurt Schmoller**), Wien-New York, 1985 (cit.: **Triffterer**, AT).

**Tressler, Joshua,**

*Understanding Criminal Law*, 2ª edición, New York, 1995.

**Turner, J. W. Cecil,**

*Russel on Crime*, vol. 1º, 12ª edición, London, 1964.

**Vázquez Honrubia, José María,**

"Evolución jurisprudencial reciente de los atentados a la vida y la integridad en actividades relacionadas con la construcción", en: **José Luis Díez Ripollés** (dir.)/Consejo General del Poder Judicial (ed.), *Delitos contra la vida e integridad física*, Cuadernos de Derecho Judicial XXXI, Madrid, 1995, pp. 195 a 217 (cit.: **Vázquez Honrubia**, en: **Díez Ripollés** (dir.)/CGPJ [ed.], *Delitos contra la vida e integridad física*).

**Vehling, Karl-Heinz,**

*Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Frankfurt am Main etc., 1991 (cit.: **Vehling**, *Abgrenzung*).

**Velásques Velásques, Fernando,**

*Derecho penal. Parte General*, Santa Fe de Bogotá, 1994.

**Vilar Badía, Ramón,**

"Concurrencia y compensación de culpas en los órdenes penal y civil", en: RDCir 1976, pp. 325 a 349.

**Vives Antón, Tomás S. (coord.) et al.,**

*Comentarios al Código penal de 1995*, volumen I (arts. 1 a 233), Valencia, 1996 (cit.: **autor**, *ComCP 1995 I*).

**Vives Antón, Tomás S.,**

Comentario al art. 12, en: **idem** (coord.) et al., *Comentarios al Código penal de 1995*, volumen I, pp. 88 a 91, Valencia, 1996 (cit.: **Vives Antón**, *ComCP 1995 I*).

**Walther, Susanne,**

*Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken*, Freiburg im Breisgau, 1991 (cit.: **Walther**, *Eigenverantwortlichkeit*).

**Weber, Ulrich,**

"Objektive Grenzen der strafbefreienden Einwilligung in Lebens- und Gesundheitsgefährdungen", en: **Gunther Arzt et al.** (ed.), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Bielefeld, 1992, pp. 43 a 55 (cit.: **Weber**, *FS Baumann*).

**Weigend, Thomas,**

"Viktimologische und kriminalpolitische Überlegungen zur Stellung des Verletzten im Strafverfahren", en: ZStW 96 (1984), pp. 761 a 793.

"Über die Begründung der Straflosigkeit bei Einwilligung des Betroffenen", ZStW 98 (1986), pp. 44 a 72.

**Welp, Jürgen,**

Comentario a BGH JR 1972, pp. 426 y s. [= BGHSt 24,

342], en: JR 1972, pp. 427 a 429.

**Welzel, Hans,**

"Studien zum System des Strafrechts", en: ZStW 58 1939), pp. 491 a 566 (= en: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975, pp. 120 y ss.).

*Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, 1ª edición, Berlin, 1940; 2ª edición, Berlin, 1943 (cit.: **Welzel**, AT<sup>1</sup>, AT<sup>2</sup>).

*Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 11ª edición, Berlin etc., 1969 (cit.: **Welzel**, *Strafrecht*<sup>11</sup>).

**Wessels, Johannes,**

*Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*, 26ª edición, Heidelberg, 1996 (cit.: **Wessels**, AT<sup>26</sup>).

**Williams, Glanville,**

"Causation in Homicide", en: CrimLR 1957, pp. 429 a 440, 510 a 521.

**Wolter, Jürgen,**

*Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, Berlin, 1981 (cit.: **Wolter**, *Zurechnung*).

"Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem. Ein normtheoretischer Beitrag zum 'Risikoprinzip' von Claus Roxin und zur 'Wesentlichkeit von Kausalabweichungen'", en: **Enrique Gimbernat/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter** (ed.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte. Ein spanisch-deutsches Symposium zu Ehren von Claus Roxin*, Heidelberg, 1995 (cit.: **Wolter**, en: **Gimbernat/Schünemann/Wolter** [ed.], *Internationale Dogmatik*) (= "La imputación objetiva en el sistema moderno del Derecho penal" [traducción de Silvina Bacigalupo], en: **Enrique Gimbernat/Bernd Schünemann/Jürgen Wolter** [ed.]: *Omisión e imputación objetiva en Derecho penal*, Madrid, 1994, pp. 61 a 89).

**Zaczyk, Rainer,**

*Das Unrecht der versuchten Tat*, Berlin, 1989.

Recensión de: **Ralph-Peter Fiedler**, *Zur Strafbarkeit der einverständlichen Fremdgefährdung unter besonderer Berücksichtigung des viktimologischen Prinzips*, en: GA 1991, pp. 571 a 573.

*Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten*, Heidelberg, 1993 (cit.: **Zaczyk**, *Selbstverantwortung*).

Recensión de: **Susanne Walther**, *Eigenverantwortlichkeit und strafrechtliche Zurechnung. Zur Abgrenzung der Verantwortungsbereiche von Täter und "Opfer" bei riskantem Zusammenwirken*, en: GA 1993, pp. 240 a 242.

**Zielinski, Diethart,**

*Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Berlin, 1973 (cit.: **Zielinski**, *Handlungs- und Erfolgsunwert*) (= *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito* [traducción de Marcelo A. Sancinetti], Buenos Aires, 1990)

Comentario a los §§ 15, 16, en: **Hassemer et al.** (redacción a cargo de **Kurt Seelmann**), *Kommentar zum Strafgesetzbuch. Reihe Alternativkommentare*, tomo 1, §§ 1 a 21, Neuwied, 1990 (cit.: **AK-Zielinski**).

**Zipf, Heinz,**

"Die Bedeutung der Viktimologie für die Strafrechtspflege", en: *MSchrKrim* 53 (1970), pp. 1 a 13.

*Einwilligung und Risikoübernahme im Strafrecht*, Neuwied y Berlin, 1970 (cit.: **Zipf**, *Einwilligung und Risikoübernahme*).

"Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht", en: *ZStW* 82 (1970), p. 633 a 654.

"Die Bedeutung und Behandlung der Einwilligung im Strafrecht", en: *ÖJZ* 1977, pp. 379 a 387.

Zubiri de Salinas, Fernando,

"Relación de causalidad e imputación objetiva en relación a delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos de motor", en: Consejo General del Poder Judicial (ed.), *Causalidad e imputación objetiva*, Cuadernos de Derecho Judicial XXVI/1994, Madrid, 1994, pp. 173 a 209 (cit.: Zubiri de Salinas, en: CGPJ [ed.], *Causalidad e imputación objetiva*).

Zugaldía Espinar, José Miguel,

"Algunas observaciones sobre los principios que inspiran la jurisprudencia española en materia de delitos de tráfico", en: RDCir 1981, pp. 341 a 351.

APIC COM L40 DE ROR  
CAHINIAH4D

*[Handwritten signatures and scribbles]*